



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

Doble grado Derecho y Filosofía

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Alumno: Pablo MUYO BUSSAC.

Tutora: M^a Ángeles RUIZ COLOMÉ

Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado

Calificación obtenida: 9.5 SOBRESALIENTE

Convocatoria ordinaria de febrero 2019.

RESUMEN: En este trabajo de fin de grado se estudia la jurisdicción de la CPI en todas sus dimensiones: desde las reglas de atribución de competencia y los problemas que surgen de las mismas, la activación y puesta en ejercicio de la competencia, las reglas de admisibilidad y el sentido del principio de complementariedad, hasta los diversos modos de impugnar, suspender o excluir la competencia de la Corte Penal Internacional. En especial, se insiste en el estudio del principio de complementariedad como nervio vital del armazón jurisdiccional de una Corte Penal Internacional que tiene una pluralidad proteiforme de reglas de atribución de competencia, al Fiscal como filtro necesario en los inicios de la investigación para garantizar la independencia de la Corte, y basada en una paradoja constitutiva: la Corte nace de la desconfianza a la actividad jurisdiccional de los Estados pero por su diseño jurisdiccional debe promover la actividad jurisdiccional doméstica.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional; Jurisdicción; Derecho Penal Internacional; Derecho Procesal Internacional; Derecho Internacional Público; Principio de Complementariedad.

ABSTRACT: This dissertation studies the jurisdiction of the ICC in all its dimensions: from the rules of attribution of jurisdiction and the problems arising therefrom, the activation and exercise of jurisdiction, the rules of admissibility and the meaning of the principle of complementarity, to the various ways of challenging, suspending or excluding the jurisdiction of the International Criminal Court. In particular, it insists on the study of the principle of complementarity as the vital nerve of the jurisdictional framework of an International Criminal Court that has a proteiform plurality of rules of attribution of jurisdiction, to the Prosecutor as the necessary filter at the beginning of the investigation to guarantee the independence of the Court, and based on a constitutive paradox: the Court arises from distrust of the jurisdictional activity of States but by its jurisdictional design must promote domestic jurisdictional activity.

KEY WORDS: International Criminal Court; Jurisdiction; International Criminal Law; International Procedural Law; Public International Law; Principle of Complementarity.

*A Ada e Inés, incansables compañeras de inagotables
horas de estudio. Por un brillante futuro para los tres.*

A mis padres.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN: UN DISEÑO JURISDICCIONAL PARA PONER FIN A LA IMPUNIDAD.....	p.7
--	------------

CAPÍTULO 1: REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA Y PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS MISMAS.....	p.10
--	-------------

1. COMPLEJIDAD Y VARIEDAD DE RÉGIMENES DE COMPETENCIA.....p.10
2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA EN EL RÉGIMEN GENERAL (*competencia ratione materiae, ratione personae, ratione loci, ratione temporis*).....p.12
3. RÉGIMEN ESPECIAL DE COMPETENCIA PARA EL CRIMEN DE AGRESIÓN.....p.24

CAPÍTULO 2: ACTIVACIÓN Y PUESTA EN EJERCICIO DE LA COMPETENCIA: “TRIGGER MECHANISM”, EXÁMENES PRELIMINARES E INICIO DE LA INVESTIGACIÓN.	p.28
--	-------------

1. TRES MODOS DE ACTIVAR LA COMPETENCIA (*TRIGGER MECHANISM*).....p.28
2. EXÁMENES PRELIMINARES.p.32
3. LA DECISIÓN DE INICIAR O NO LA INVESTIGACIÓN.....p.34
4. ESPECIALIDADES DEL CRIMEN DE AGRESIÓN.....p. 37

CAPÍTULO 3: EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD COMO ESENCIA DEL RÉGIMEN JURISDICCIONAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.	p.39
--	-------------

1. CONCEPTO, FUNDAMENTO, ORÍGENES, ESTRUCTURA Y ARTICULACIÓN JURÍDICA. p.39
2. COMPLEMENTARIEDAD POSITIVAp.44
3. EL RÉGIMEN DE ADMISIBILIDAD.....p.48
4. *A MODO DE CONCLUSIÓN: SOCIEDADES FRÁGILES, DESTRUCCIÓN DEL CONTRATO SOCIAL Y JUSTICIA TRANSICIONAL. REEVALUANDO LOS PUNTOS CIEGOS DE LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD.....*p.53

CAPÍTULO 4: MODOS DE IMPUGNAR, SUSPENDER O EXCLUIR LA COMPETENCIA Y LA ADMISIBILIDAD DE UN ASUNTO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.	p.58
--	-------------

1. DECISIONES PRELIMINARES RELATIVAS A LA ADMISIBILIDAD. EL ARTÍCULO 18 COMO SISTEMA DE RECUPERACIÓN TEMPRANA DE LA JURISDICCIÓN POR PARTE DE LOS ESTADOS.	p.58
2. LA IMPUGNACIÓN DE LA COMPETENCIA Y LA IMPUGNACIÓN DE LA ADMISIBILIDAD DE LA CAUSA (ARTÍCULO 19).	p.62
3. OTRAS FORMAS DE PONER FIN A LA COMPETENCIA DE LA CORTE: SUSPENSIÓN CSNU (ARTÍCULO 16), OPT-OUT TEMPORAL PARA LOS CRÍMENES DE GUERRA, OPT-OUT PARA EL CRIMEN DE AGRESIÓN Y DENUNCIA DEL TRATADO.	p.68
 <i>CONCLUSIONES.</i>	p.70
 BIBLIOGRAFÍA	p.72

ABREVIATURAS

ASP: Assembly State Parties / Asamblea de Estados Parte

CDI: Comisión de Derecho Internacional

CPI: Corte Penal Internacional

CSNU: Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

EEUU: Estados Unidos

ER: Estatuto de Roma

ICC: International Criminal Court / Corte Penal Internacional

JEP: Jurisdicción Especial para la Paz

ONU: Organización de Naciones Unidas

ONG: Organizaciones No Gubernamentales

OTP: Office of the Prosecutor / Fiscalía

PMR: Persona Más Responsable

PTC: Pre-Trial Chamber / Sala de Cuestiones Preliminares

TEL: Tribunal Especial para el Líbano

TPIR: Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIY: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

INTRODUCCIÓN: UN DISEÑO JURISDICCIONAL PARA PONER FIN A LA IMPUNIDAD

La adopción del Estatuto de Roma el 17 de julio de 1998 supuso un hito histórico para el Derecho Penal Internacional y la lucha contra el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra: en él se estableció una Corte permanente, independiente y con voluntad de alcance universal que permitiese hacer frente a la comisión de “*atrocidades que desafían a la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad*”, como sabiamente formula el propio Estatuto en su preámbulo. El penetrante desasosiego de esta frase captó y recogió el horror de las experiencias del siglo XX y pronosticó trágicamente en los albores del nuevo milenio que el siglo XXI no iba a dar a luz a un mundo de concordia donde la paz mundial sería reina. Al contrario, la necesidad de constituir un tribunal de estas características lanzaba el mensaje al mundo de que estos crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional iban a seguir siendo una realidad constante, pero que, no obstante, esta vez habría un órgano que vigilaría sin descanso para prevenir su comisión y castigar a sus autores. Veinte años más tarde, otro hito histórico aconteció tras la activación de la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión el 17 de julio de 2018. No obstante, los quince años de actividad de la Corte han sido de todo menos pacíficos, siendo acusada de institución neoimperialista por Estados africanos y menospreciada e insultada por superpotencias como los Estados Unidos.

En este trabajo estudiaremos la jurisdicción de la Corte Penal Internacional tal y como está diseñada en el Estatuto de Roma y sus posteriores enmiendas. El modelo jurisdiccional resultante es verdaderamente complejo, intrincado, proteiforme y ha suscitado vituperios y vítores a partes iguales en su puesta en práctica. El diseño jurisdiccional se vertebra en dos pilares: las reglas de atribución de competencia y el principio de complementariedad que rige la relación de la Corte con las jurisdicciones nacionales *concurrentes*. Pero no nos ceñiremos únicamente a la explicación de éstos, sino que trataremos de responder a cuatro preguntas a fin de dar una imagen completa y exhaustiva del régimen jurisdiccional de la Corte.

En primer lugar, ¿qué condiciones deben darse para que un asunto sea competencia de la Corte? En el primer capítulo, expondremos en detalle las reglas de atribución de la competencia, mostraremos la evolución que han tenido en estos veinte años, realizaremos algunas breves valoraciones sobre las elecciones realizadas frente a otras posibles y mostraremos la multiplicidad de regímenes jurisdiccionales a los que ha dado lugar.

En segundo lugar, ¿de qué modo se pone en ejercicio la jurisdicción de la Corte? A esta pregunta responderemos en el segundo capítulo en el que estudiaremos las fases iniciales del proceso a fin de ver cómo poner en práctica la jurisdicción de la Corte y explicaremos en detalle los procedimientos involucrados. Es fundamental resaltar la importancia que tiene para el tratamiento procesal de la jurisdicción -objeto del cuarto capítulo- saber quién ha sido el sujeto encargado de activar la competencia de la Corte.

En tercer lugar, ¿qué relación guarda la Corte con las jurisdicciones domésticas en la lucha contra la impunidad de estos crímenes? En el tercer capítulo expondremos el principio de complementariedad, principio fundamental en la arquitectura general y jurisdiccional de la Corte. Una vez que hayamos determinado cuándo la Corte es competente y cómo poner en ejercicio la competencia, nos ocuparemos en este capítulo de estudiar cómo determinar si la Corte tiene jurisdicción sobre un caso que está siendo investigado, enjuiciado o ya ha sido enjuiciado por una jurisdicción doméstica.

Por último, ¿cómo poner fin a la jurisdicción de la Corte, ya sea porque es incompetente para conocer del asunto, o porque este es inadmisibile en virtud del principio de complementariedad, o que se busque sustraerse a la competencia de la Corte por otros mecanismos extraprocesales? El último capítulo responderá a esta pregunta, por un lado, exponiendo en detalle los artículos 18 y 19 del Estatuto en los que se regula el tratamiento procesal de la incompetencia y la inadmisibilidad y, por otro lado, recogiendo los mecanismos de suspensión temporal de la jurisdicción de la Corte y los mecanismos de exclusión de esta.

Para cumplir lo que nos proponemos, utilizaremos como fuente principal el Estatuto de Roma (toda mención a un artículo, salvo que se indique lo contrario, hará referencia a él), complementando su estudio con otras fuentes jurídicas como el Reglamento de Procedimiento y Prueba de la CPI, la Carta de las Naciones Unidas, los Estatutos de otros tribunales penales internacionales, entre otros, con jurisprudencia de

las Salas de la Corte, con documentos extrajurídicos emanados de órganos de la Corte como la Fiscalía, y con textos de la doctrina. No obstante, el objetivo principal de este trabajo es ofrecer un comentario y una explicación detallada de los preceptos del Estatuto de Roma relativos a la jurisdicción de la Corte.

CAPÍTULO 1: REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA Y PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS MISMAS.

1.1. COMPLEJIDAD Y VARIEDAD DE LOS RÉGIMENES DE COMPETENCIA.

El régimen competencial de la Corte Penal Internacional no es unívoco sino proteiforme y complejo. En efecto, tenemos que diferenciar el régimen de competencia general (regulado principalmente en los artículos 11, 12 y 13 del Estatuto de Roma) del régimen competencial *modificable* -y previsiblemente ampliado- por el CSNU en las situaciones referidas a la Corte en virtud del artículo 13(b), del régimen competencial especial para el crimen de agresión (regulado en los artículos 15*bis* y 15*ter*, a la luz del artículo 121(5)), de las especialidades competenciales para los crímenes de guerra de empleo de veneno o armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos o análogos, y balas expansivas en conflictos armados que no sean de índole internacional (a raíz de lo establecido en el artículo 121(5)), y por último de la posibilidad de un *opt-out* inicial y temporal de 7 años para los crímenes de guerra en general.

Es interesante a este respecto lo que Hans-Peter Kaul y Claus Kress - plenipotenciarios alemanes en la Conferencia de Roma- plantearon en 2002:

*“los regímenes de jurisdicción y cooperación son ambos como la cabeza de Jano, en cuanto la CPI puede ser analíticamente descompuesta en dos Cortes con dos espadas: la Corte “normal”, medianamente débil, con una espada agobiante y corta de jurisdicción, y una Corte bastante poderosa como “aliada judicial” del Consejo de Seguridad, con una espada afilada y de largo alcance de jurisdicción.”*¹

A día de hoy, tras las enmiendas adoptadas en la Conferencia de Kampala en 2010², y en particular tras la activación de la competencia de la Corte sobre el crimen de

¹ Kaul, H.P., Kress, C., “Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Principios y compromisos”, Ambos, K., & Guerrero, Ó. (2002). *La nueva justicia penal supranacional: Desarrollos post-roma* (Manuales). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 337

² ASP, Review Conference Resolution RC/Res.5 Adopted at the 12th plenary meeting, on 10 June 2010, by consensus; ASP, Review Conference Resolution RC/Res.6 Adopted at the 13th plenary meeting, on 11 June 2010, by consensus

agresión el 17 de julio de 2018³, nos hallamos ante una Corte con una multiplicidad de jurisdicciones dependiendo de si el asunto es subsumible dentro de uno los crímenes fundamentales [*core crimes*] del Estatuto (genocidio, crímenes de lesa humanidad, o crímenes de guerra), o del crimen de agresión, siendo cualquier posibilidad competencial ampliable por el CSNU⁴ (en virtud del artículo 15*ter*(1), en lo respectivo al crimen de agresión).

No obstante, podemos describir la esencia y los compromisos del régimen de competencia *general* de la CPI de la siguiente manera: el Estatuto de Roma adoptó un sistema de competencia automática, es decir, un sistema competencial en el que basta con el consentimiento prestado en la ratificación del Estatuto de Roma (no siendo necesaria la prestación de un consentimiento ulterior) por el cual la Corte tendrá competencia para juzgar los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, cometidos por nacionales de un Estado que haya ratificado el Estatuto o por individuos de cualquier nacionalidad en el territorio de dicho Estado. Por tanto, el Estatuto de Roma ha adoptado los *principios de territorialidad y personalidad activa* como ejes fundamentales de su régimen de competencia. También tendrá competencia sobre Estados que no hayan ratificado el Estatuto siempre y cuando, conforme al artículo 12(3), declaren su consentimiento para que la Corte la ejerza respecto del crimen de que se trate, mediante una declaración depositada ante el Secretario de la Corte (*sistema opt-in*). Además, el CSNU podrá referir situaciones en las que se hayan cometido crímenes de competencia de la Corte en Estados que no son Parte o por nacionales de un Estado no Parte dada la misión de mantener la paz y la seguridad internacional que le es encomendada en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

¿Hubiese sido preferible adoptar un principio de jurisdicción universal? En opinión de Kaul y Kress sí, ya que consideran que el ejercicio de la jurisdicción universal por una corte penal internacional permanente es la expresión más directa y adecuada de *solidaridad internacional* en el esfuerzo represivo contra los crímenes más infames y dañinos hacia los intereses fundamentales de la comunidad internacional. Además, es razonable ser escépticos con la posibilidad de que los Estados en los que se hayan

³ ICC-ASP/16/Res.5 Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión, Resolución ICC-ASP/16/Res.5 Adoptada por consenso en la decimotercia sesión plenaria, el 14 diciembre de 2017

⁴ Rastan Rod, "Jurisdiction" en Stahn C. *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press; 2015, p.146.

cometido dichos crímenes a través de sus aparatos e instituciones vayan a perseguirlos eficazmente⁵. No obstante, la elección fue esa, limitando el ámbito de acción de la Corte y supeditando su alcance universal, bien a la ratificación del Estatuto por el mayor número posible de Estados, bien a la intervención del CSNU⁶, siempre infectada por la sospecha de estar orientada políticamente y, por tanto, potencialmente dañina para la imagen internacional y la legitimidad de la Corte.

A continuación, explicaremos en detalle las reglas de atribución de la competencia en razón de la materia, de la persona, del territorio y del tiempo.

1.2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA EN EL RÉGIMEN GENERAL: *COMPETENCIA RATIONE MATERIAE, RATIONE PERSONAE, RATIONE LOCI, RATIONE TEMPORIS*

A) Competencia *ratione materiae*

El artículo 12(1) establece que “el Estado que pase a ser Parte [mediante la ratificación] en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5” que son, limitándose a los más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, a) el crimen de genocidio; b) el crimen de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; y d) el crimen de agresión.

De acuerdo con el artículo 6, el crimen de *genocidio* está compuesto por los siguientes actos⁷: la matanza, la lesión grave a la integridad física o mental, el sometimiento

⁵ Kaul, H-P, Kress, Claus, *op cit.* p.306 y p.308

⁶ Antonio Cassese señala muy inteligentemente en su artículo “The legitimacy of international criminal tribunals and the current prospects of international criminal justice”. *Leiden journal of international law*. 2012;25(2):491-501, p.493 que nunca se ha puesto en duda la legalidad ni la legitimidad de los tribunales internacionales creados convencionalmente; en cambio, sí que se han formulado muchas críticas con respecto a los tribunales creados por una resolución del CSNU, como es el caso de los tribunales *ad hoc* o del Tribunal Especial para el Líbano, dado que se interpretaron como una forma más de hacer política en el campo de las relaciones internacionales en favor de los intereses de los Estados más poderosos del mundo. Por extensión, podemos considerar que la intervención del CSNU en las actividades de la Corte, a pesar de estar prevista en el propio Estatuto (y de la existencia de mecanismos suficientes para garantizar su *independencia*) no deja de ser potencialmente dañina para su legitimidad. La prueba fehaciente son las críticas a la falta de remisión de la situación siria, a diferencia de la libia, menoscabando la *imagen* de imparcialidad que debería dar la Corte.

⁷ El Estatuto se ciñe a reproducir la definición del artículo II de Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

intencional a condiciones de existencia que acarreen la destrucción física total o parcial, las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo y el traslado forzoso de niños de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, con la intención de destruirlo total o parcialmente. La Corte también tiene competencia respecto de la *instigación directa y pública al genocidio* (artículo 25(3.e)).

Los crímenes de lesa humanidad (artículo 7) son aquellos actos como, por ejemplo, el asesinato, el exterminio, la tortura, la violación o la desaparición forzada⁸, que se “cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

Los crímenes de guerras tipificados en el artículo 8 del Estatuto constituyen una lista muy amplia. No obstante, es destacable la cláusula que indica que la Corte tendrá competencia *en particular* cuando los actos constitutivos de crímenes de guerra se cometan como parte de un plan o política o sean cometidos en gran escala (artículo 8(1)). La Corte puede conocer de crímenes cometidos en conflictos de índoles internacional y en conflictos que no son de índole internacional siempre y cuando estos últimos no sean meras tensiones internas o disturbios interiores tales como motines o actos aislados de violencia (artículo 8(2.d) y (2.f)).

El crimen de agresión, de acuerdo con el artículo 8bis(2), está constituido por “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. El régimen competencial se encuentra regulado en los artículos 15bis y 15ter.

A su vez, la Corte tiene competencia para conocer y enjuiciar los delitos dolosos contra la administración de justicia tipificados en el artículo 70 (falso testimonio; presentación de pruebas falsificadas; corrupción, obstrucción o represalias contra los testigos; destrucción o alteración de pruebas; poner trabas, intimidar o corromper

⁸ La lista completa de actos viene reflejada en el artículo 7. Por motivos de espacio y dado que es un trabajo de Derecho Procesal Penal Internacional y no de Derecho Penal Internacional sustantivo no vamos a incluirla.

funcionarios de la Corte; tomar represalias contra funcionarios de la Corte; solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte).

Este ámbito competencial no es estático, ya que han transcurrido siete años desde la entrada en vigor del Estatuto y puede ser sometido a enmiendas de acuerdo con el artículo 121(1). De hecho, ya se han introducido las dos enmiendas aprobadas en la Conferencia de Revisión de Kampala de 2010 mencionadas anteriormente: la definición del crimen de agresión (y el establecimiento de su régimen de competencia) y la introducción de nuevos tipos de crímenes de guerra en conflictos que no son de índole internacional. Las enmiendas deben ser aprobadas en una Asamblea de Estados Partes ordinaria o en una Conferencia de Revisión *ad hoc* y deberán ser aprobadas por mayoría de dos tercios si no se llegase a un consenso (artículo 121(3)). Ahora bien, las enmiendas a la competencia material (artículo 121(5)) (salvo con respecto a los delitos contra la administración de justicia) generan un régimen competencial especial para cada nueva introducción o modificación ya que la Corte sólo será competente para los crímenes cometidos “por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que haya aceptado la enmienda”, de manera que se establece una excepción a la regla de competencia automática, exigiendo un nuevo consentimiento respecto a lo enmendado. A su vez, se establece una nueva regla temporal por la que entrarán en vigor únicamente un año después del depósito del instrumento de ratificación de la enmienda.

Además de las dos enmiendas que se han aprobado, ratificadas ambas por 37 Estados Partes⁹, ya son muchas las propuestas de introducción de nuevos tipos penales desde la Conferencia de Kampala en 2010: México propuso introducir el uso o la amenaza del uso de armas nucleares como crimen de guerra¹⁰, Trinidad y Tobago propuso la introducción del tráfico internacional de drogas¹¹ y los Países Bajos propusieron la

⁹ Status Amendment to article 8 of the Rome Statute of the International Court: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&clang=en (visitado el 10/01/2019). Esta enmienda entró en vigor el 26 de septiembre de 2012, un año después de la ratificación de la enmienda por San Marino, primer Estado en ratificarla el 26 de septiembre de 2011.

Status Amendment on the crime of aggression to the Rome Statute of the International Criminal Court: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&clang=en (visitado el 10/01/2019)

¹⁰ PROPUESTA DE MÉXICO ENMIENDA AL ARTÍCULO 8 DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL RELATIVA AL EMPLEO DE ARMAS NUCLEARES Référence : C.N.725.2009.TREATIES-6 (Notification dépositaire)

¹¹ Trinidad y Tobago, Propuesta para la inclusión del crimen de tráfico internacional de estupefacientes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Référence : C.N.737.2009.TREATIES-9 (Notification dépositaire)

inclusión del delito de terrorismo¹². Bélgica propuso introducir como crimen de guerra el uso de armas que utilicen agentes microbianos, u otros agentes biológicos, el empleo de minas antipersonal, el uso de armas “cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos que no puedan localizarse por rayos X en el cuerpo humano”, o el uso de armas láser que produzcan ceguera¹³. Se ha aprobado por consenso enmendar el Estatuto de Roma con respecto a todas las propuestas belgas salvo el empleo de minas antipersonal en la última Asamblea de Estados Partes que tuvo lugar en diciembre de 2017¹⁴. No obstante, estas enmiendas no han entrado todavía en vigor al no haber sido ratificadas por ningún Estado¹⁵.

Por último, cabe señalar que estos crímenes, cuando efectivamente han sido cometidos, deben superar un *umbral de gravedad* en virtud de los criterios de admisibilidad (17(1.d)) para que la Corte tenga jurisdicción sobre ellos. Esto está regulado en sintonía con el artículo 1 que indica que la Corte estará facultada para ejercer su jurisdicción “respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional”. Para evaluar la gravedad de un asunto habrá que tener en cuenta una multiplicidad de elementos, pero en particular la escala, la naturaleza, el *modus operandi* y el impacto de los crímenes cometidos¹⁶. Algunos indicadores útiles para evaluar la escala pueden ser, por ejemplo, la cantidad de víctimas directas e indirectas o la importancia del daño causado por los crímenes¹⁷. Para evaluar la naturaleza hay que examinar de qué tipo de crimen se trata: ¿se trata, por ejemplo, de un homicidio, una violación, u otra forma de crimen grave?¹⁸. Indicadores apropiados para examinar el *modus operandi* son, por ejemplo, la sistematicidad, el grado de organización de los crímenes o el posible abuso de una situación de poder en su comisión¹⁹. Por último, “el impacto de los crímenes puede evaluarse a la luz de, entre otros factores, los sufrimientos causados a las víctimas y el incremento de su

¹² Propuesta para la inclusión del crimen de terrorismo en el Estatuto de Roma Países Bajos Référence : C.N.723.2009.TREATIES-5 (Notification dépositaire)

¹³ ICC-ASP/16/22 Informe del grupo de Trabajo sobre las Enmiendas Decimosexto período de sesiones Nueva York, 4 a 14 de diciembre de 2017, anexo II

¹⁴ ICC-ASP/16/Res.4 Resolution on amendments to article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court, Adopted at the 12th plenary meeting, on 14 December 2017, by consensus

¹⁵ Comprobado a 23/11/2018
https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-f&chapter=18&clang=_en

¹⁶ Art 29(2) Règlement du Bureau du Procureur, ICC-BD/05-01-09 Date d'entrée en vigueur : 23 avril 2009

¹⁷ OTP *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre 2013, párr. 62

¹⁸ *Ibidem*, párr. 63

¹⁹ *Ibidem*, párr. 64

vulnerabilidad; el terror instilado posteriormente, o el daño social, económico y ambiental infligido a las comunidades afectadas”²⁰. Este motivo de inadmisibilidad responde a cuestiones de economía procesal²¹ y no es un mecanismo de defensa de la soberanía estatal como lo son los vinculados al principio de complementariedad, que explicaremos posteriormente. Las jurisdicciones domésticas conservan su *jurisdicción exclusiva* sobre las situaciones que no superen este umbral²².

B) Competencia *ratione personae*

Además del principio de personalidad activa y el de territorialidad, es fundamental entender que la CPI sólo ejerce su jurisdicción sobre *personas físicas individuales* (artículo 25(1)). De este modo, el destinatario del Derecho Penal Internacional no es ni un Estado, ni una persona jurídica. Esto último se debe a que, al no existir uniformidad entre los diversos sistemas jurídicos en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el principio de complementariedad podría verse menoscabado, ya que muchos Estados no tendrían la posibilidad de ejercer su jurisdicción doméstica respecto de ese tipo de personas²³. Asimismo, la CPI no será competente “respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen” (artículo 26). No obstante, la Corte, de cumplirse el resto de los requisitos de atribución de competencia, tendrá competencia sobre todas las personas por igual, siendo improcedente el cargo oficial ostentado como eximente o atenuante de la responsabilidad (artículo 27(1)), y, sobre todo, siendo improcedente cualquier inmunidad funcional o personal como causa de incompetencia (artículo 27(2)), a pesar de que sí pudiese ser el caso en las jurisdicciones nacionales²⁴.

²⁰ *Ibidem*, párr. 65

²¹ Werle G, Cárdenas Aravena C, Geneuss J, Gutiérrez Rodríguez M, Jessberger F *op cit.*, p.197

²² *Ídem*

²³ Frulli, M., “Jurisdiction *ratione personae*”, Cassese, A, Gaeta, P. y Jones, J. *The Rome Statue of the International Criminal Court: a commentary*, New York, Oxford University Press, 2002, Vol I, p.532

²⁴ Alonso H.O, Vargas J.R.M, Polania A.M.R. “La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los jefes de estado, los jefes de gobierno y los ministros de asuntos exteriores.” *Revista chilena de derecho*. 2016;43(1), pp.260, 262-3: “La **inmunidad personal** otorga protección frente a los tribunales nacionales extranjeros en relación con todos los actos tanto de carácter oficial como de naturaleza privada realizados durante el desempeño del cargo, o con anterioridad al mismo. De esta manera, la inmunidad personal asegura la plena inviolabilidad del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores para que puedan desempeñar sus funciones sin interferencias de ningún tipo (...). La inmunidad tiene un carácter temporal, porque cesa en el momento de dejar de desempeñar el cargo.” La **inmunidad funcional** “cubre los actos llevados a cabo con carácter oficial y en nombre del Estado que representa. Se define por la naturaleza de los actos realizados, y no por la condición personal de los agentes estatales que los llevan a cabo. Tiene una naturaleza parcial puesto que solo cubre los actos de carácter

La Corte no sólo tiene competencia sobre los *autores, coautores o autores mediatos del crimen* (artículo 25(3.a)), sino también sobre aquellos que incurran en responsabilidad penal mediante otra forma de participación: el *inductor*, incluso si el crimen se ha cometido en grado de tentativa (25(3.b)), el *cómplice*, el *encubridor*, el *cooperador necesario*, incluso en los supuestos de crimen intentado y no consumado (25(3.c)), y el que *contribuya intencionalmente “de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”* (25(3.d)). También pueden incurrir en responsabilidad penal, de acuerdo con el artículo 28, los *jefes militares y otros superiores* por crímenes cometidos por fuerzas “bajo su mando o su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas” (artículo 28). Es más, la atención de la Fiscalía CPI debe estar estratégicamente puesta sobre las ‘Personas Más Responsables’, dirigiendo sus actuaciones preferiblemente a altos cargos (*high level suspects*) y dejando para las jurisdicciones domésticas la investigación y enjuiciamiento de subordinados o criminales de menor entidad²⁵.

En definitiva, atendiendo a lo anterior y a los principios de territorialidad y nacionalidad activa, la CPI puede conocer y enjuiciar crímenes cometidos por:

- 1) Nacionales²⁶ de un Estado Parte (12(2.b)), *incluso* si se comete en el territorio de un Estado no Parte.

Este es el caso, por ejemplo, en los exámenes preliminares abiertos contra los posibles crímenes de guerra por torturas y malos tratos cometidos por soldados británicos contra al menos 1071 detenidos iraquíes durante el transcurso de la guerra de Irak y el asesinato

oficial, y por tanto no se extiende a los actos privados. Además, debido a que la inmunidad funcional se encuentra ligada al acto oficial y no a la persona, no tiene límite temporal, permaneciendo aún después de que se haya dejado el cargo”.

²⁵ Bensouda, F., “Reflections from the International Criminal Court Prosecutor”, 45 *Case W. Res. J. Int’l L.* 505 (2012), p. 510.

²⁶ En opinión de Rod Rastan (*op cit.*, pp. 153-154, 157) los supuestos de doble nacionalidad no dan origen a ningún problema, bastando con tener la nacionalidad de un Estado Parte para poder activar la jurisdicción en virtud del principio de nacionalidad. A su vez, si la nacionalidad se perdió tras la comisión del crimen, ello es irrelevante desde el punto de vista de la jurisdicción: lo importante es la nacionalidad del sujeto *en el momento de comisión del crimen*.

de 52 detenidos bajo su custodia²⁷. En efecto, aunque Irak no sea un Estado Parte ni haya depositado una declaración *ad hoc* de consentimiento del 12(3), el Reino-Unido ratificó el Estatuto el 4 de octubre de 2001; luego, cualquier crimen del artículo 5 cometido por un británico a partir del 1 de julio de 2002 (límite temporal absoluto) puede ser conocido por la CPI²⁸.

2) Nacionales de un Estado que no es Parte por crímenes cometidos sobre el territorio de un Estado Parte (artículo 12(2.a)).

Este es el caso, por ejemplo, de la reciente solicitud de autorización de investigación a la Sala de Cuestiones Preliminares, tras finalizar los exámenes preliminares el 20 de noviembre de 2017, sobre los presuntos crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos en Afganistán (Estado Parte) desde el 1 de julio de 2002 por nacionales norteamericanos, miembros de las fuerzas armadas estadounidenses y de la CIA²⁹. La posibilidad de investigar y enjuiciar a nacionales de Estados no Parte ha sido criticada por autores como Madeline Morris con el siguiente argumento: en *realidad* la Corte no sólo estaría juzgando la responsabilidad penal de un individuo, sino que también estaría entrando a valorar la legalidad o ilegalidad de determinados actos estatales y, por tanto, estaría actuando como un tribunal para dirimir conflictos estatales. No obstante, si eso fuese así, no sería legítimo someter a un Estado a su jurisdicción sin su consentimiento, dado que no existe una obligación tal, ni de origen convencional, ni proveniente del derecho consuetudinario internacional³⁰. Este argumento hay que rechazarlo por la simple razón de que la condena de una persona física individual por parte de la CPI no prejuzga la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de un acto ilícito de acuerdo con el artículo 25(4) del Estatuto de Roma, ni tampoco a la inversa³¹.

²⁷ OTP Report on Preliminary Examinations 2017, párr. 193, 194. Los crímenes que presuntamente se habrían cometido son “wilful killing/murder (article 8(2)(a)(i) or article 8(2)(c)(i)), torture and inhuman/cruel treatment (article 8(2)(a)(ii) or article 8(2)(c)(i)), outrages upon personal dignity (article 8(2)(b)(xxi) or article 8(2)(c)(ii)), and rape or other forms of sexual violence (article 8(2)(b)(xxii) or article 8(2)(e)(vi))”

²⁸ *Ibidem*, párr. 175-176

²⁹ OTP Report on Preliminary Examinations 2017, párr. 230-281.

³⁰ Morris, M., “Crímenes graves y errores conceptuales: la Corte Penal Internacional y los Estados no partes”, Chehtman A. *Problemas Estructurales De Derecho Penal Internacional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales; 2015.

³¹ Werle G, Cárdenas Aravena C, Geneuss J, Gutiérrez Rodríguez M, Jessberger F. *op cit.*, pp.104-105.

3) Nacionales de un Estado que, aun no siendo Parte, deposita una declaración ad hoc de consentimiento para que la Corte conozca de una situación definida en la declaración.

Hasta la fecha sólo tres Estados han hecho uso de este sistema de *opt-in*: Costa de Marfil³², Palestina³³ y Ucrania³⁴. Ahora bien, esta declaración no sólo habilita para conocer crímenes cometidos por nacionales de ese Estado sino también para conocer crímenes cometidos por nacionales de terceros Estados en el territorio del Estado declarante, incluido si es nacional de un Estado que no es Parte: es más, estas declaraciones han buscado justamente esto último en el caso palestino y en la segunda declaración ucraniana. Palestina buscaba que la CPI investigase y enjuiciase los posibles crímenes cometidos por nacionales israelíes (país que no ha ratificado el Estatuto de Roma e incluso ha retirado su firma de este) y Ucrania tenía por objetivo que se enjuiciase a nacionales rusos (Estado que tampoco ha ratificado el tratado).

4) Con respecto a las remisiones por parte del CSNU se aplican las mismas reglas que en el caso de las declaraciones ad hoc.

Hasta la fecha, las dos remisiones del Consejo de Seguridad se han referido exclusivamente a territorios (Sudán y Libia) y no han conferido jurisdicción en virtud del principio de nacionalidad activa, lo cual es una posibilidad. No obstante, en ambas remisiones se ha excluido la jurisdicción sobre nacionales de Estados que no son Parte que hubiesen participado en una misión de mantenimiento de paz en la situación remitida³⁵. Rod Rastan critica duramente esa restricción con el siguiente argumento:

³² El ministro de asuntos extranjeros firmó una primera declaración el 18 de abril de 2003 para consentir que la CPI conozca sobre los eventos cometidos sobre su territorio desde el 19 de septiembre de 2002. Posteriormente, el 14 de diciembre hubo una segunda declaración firmada por el Presidente de la República, confirmando la primera declaración y habilitando a la CPI a conocer de los acontecimientos acaecidos a partir de Marzo de 2004. Finalmente, el país acabó ratificando el Estatuto de Roma el 15 de Febrero de 2013.

³³ El 31 de diciembre de 2014, Mahmoud Abbas firmó la declaración del 12(3) para habilitar a la CPI para conocer de los actos cometidos en los territorios ocupados palestinos, incluido Jerusalén Este desde el día 13 de junio de 2014.

³⁴ En una primera declaración el 9 de abril de 2014 habilitó la jurisdicción de la CPI sobre los acontecimientos en el periodo de tiempo entre 21 de noviembre de 2013 y 22 de febrero de 2014. En una segunda declaración de 8 de septiembre de 2015 para conocer de los posibles crímenes de lesa humanidad cometidos en su territorio desde el 20 de Febrero.

³⁵ UNSC Res 1593 (31 March 2005) UN Doc S/RES/1593 para 6; UNSC Res 1970 (26 February 2011) UN Doc S/RES/1970 para 6

“mientras que el Consejo de Seguridad puede imponer obligaciones del Capítulo VII a Estados miembros de la ONU, exigiendo que se cumplan sus decisiones en concordancia con sus funciones y poderes otorgados por la Carta de la ONU, y mientras que esas obligaciones tienen prioridad para un Estado miembro de la ONU sobre cualquier obligación derivada de un Tratado internacional (artículos 25 y 103 de la Carta), el Consejo no puede obligar a una organización internacional con entidad separada. De esta forma, el Consejo de Seguridad no puede pretender enmendar la operación del Estatuto de Roma en términos contrarios a los expresamente previstos por el tratado consagrando exenciones jurisdiccionales al ejercicio de la jurisdicción de la CPI.”³⁶

C) Competencia ratione loci

El principio de territorialidad es el otro principio jurisdiccional fundamental de la Corte. De hecho, en la práctica hasta la fecha, ha sido la principal manera de delimitar la jurisdicción de la Corte³⁷. Pero ¿qué es el territorio de un Estado? A efectos de jurisdicción de la CPI, el territorio nacional no sólo incluye el territorio dentro de las fronteras terrestres, marítimas y aéreas de un Estado, sino también “buques y aeronaves” de matrícula del Estado Parte (artículo 12(2.a)). Por ejemplo, Comoras remitió a la Fiscalía una situación por el asalto por parte de fuerzas militares israelíes de un buque con matrícula y bandera de su país, el *Mavi Marmara*, que formaba parte de la “Flotilla de la Libertad” rumbo a Gaza. No obstante, la Fiscalía decidió archivar las investigaciones al entender que los hechos acaecidos no superaban el umbral de gravedad³⁸.

De la misma manera que en el caso de la nacionalidad activa, la CPI no sólo tiene jurisdicción sobre el territorio de un Estado que haya ratificado el Estatuto de Roma, sino también sobre el territorio de un Estado que haga la declaración prevista en el artículo 12(3) o sobre el territorio de una situación remitida por una resolución del CSNU (por ahora sólo dos Estados: Sudan y Libia, al haber fracasado la remisión de Siria por el veto chino y ruso). Ahora bien, ¿qué es un Estado a efectos de la remisión del artículo 12(3)?

³⁶ Rastan, R., *op cit*, p.162.

³⁷ *Ibidem*, p. 165.

³⁸ OTP Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia Article 53(1) Report, 6 novemeber 2014, para 151.

En efecto, por ejemplo, Palestina logró remitir su situación sin ser un Estado en sentido estricto. Esto nos lleva a tener que defender una definición *funcional* de Estado a efectos de permitir las declaraciones *ad hoc*. Yuval Shany argumenta en este sentido que, de cara a los objetivos del Estatuto, es decir, poner fin a la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, un cuasi-estado como Palestina es equivalente a un Estado ‘ordinario’ con el objetivo de no crear espacios donde la jurisdicción de la Corte sea inaccesible por no existir un poder soberano plenamente reconocido sobre los mismos. En consecuencia, hay que entender que los cuasi-Estados deben poder hacer este tipo de declaraciones *ad hoc*³⁹. Es más, Palestina ha ratificado posteriormente el Estatuto de Roma el 2 de enero de 2015, pasando a formar parte de la Asamblea de Estados Partes⁴⁰.

Con respecto al principio de territorialidad Rod Rastan identifica que pueden surgir los siguientes problemas: 1) que el mismo conflicto tenga lugar simultáneamente en distintos Estados, y uno de ellos no sea Parte y, 2) que la conducta particular de un individuo mediante la cual colabora a la comisión de un crimen se realice desde un territorio diferente de aquel donde se consume el crimen. Ahora bien, estos dos problemas son fácilmente resolubles ya que el Derecho Internacional reconoce la posibilidad de aplicar extraterritorialmente el principio de territorialidad basado en una aplicación subjetiva u objetiva bastando con que el elemento fundamental del crimen ocurra en el Estado que está remitiendo la situación. 3) A su vez, pueden aparecer una multitud de conflictos vinculados a territorios en los que la delimitación territorial o marítima esté en disputa, existan problemas vinculados al control de *facto* o de *iure* sobre el territorio o nazcan problemas vinculados a la sucesión de Estados.⁴¹ Estas zonas grises tendrán que ir siendo resueltas por la jurisprudencia de la Corte en los asuntos que puedan ir apareciendo.

³⁹ Shany Y. In defence of functional interpretation of article 12(3) of the rome statute: a response to yael ronon. *Journal of international criminal justice*. 2010;8(2), pp.334-338

⁴⁰ https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/Palestine.aspx (consultado el 10/01/2019)

⁴¹ Rastan, R, *op cit*, p. 166-169

D) Competencia *ratione temporis*

El Estatuto de Roma, a diferencia de los Tribunales *ad hoc*, no tiene competencia retroactiva con respecto a los crímenes cometido con anterioridad a su entrada en vigor⁴². El artículo 11(1) establece que la Corte sólo será competente “respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”, estableciendo así un *límite temporal absoluto* para el ejercicio de su competencia que nunca podrá ser superado. En virtud del artículo 126(1) que regula la entrada en vigor del Estatuto, este límite se sitúa en el 1 de julio de 2002. Mientras que las limitaciones en la competencia territorial y personal pueden ser modificadas por una remisión del CSNU, este límite absoluto no puede serlo. El Consejo de Seguridad no puede alterar o enmendar el Estatuto de la CPI: a diferencia de los Tribunales *ad hoc*, la CPI no es un órgano subsidiario del CSNU, sino una organización internacional distinta, de manera que el CSNU no puede autorizar que la Corte se exceda de su ámbito temporal de actuación y actúe *ultra vires* de su propio marco legislativo⁴³, del mismo modo que no debería haber podido limitar la jurisdicción *ratione personae* en sus remisiones.

La decisión de establecer un límite temporal absoluto responde a la voluntad de establecer un tribunal penal internacional *permanente y con potencial alcance universal*, yendo en perfecta sintonía con los principios generales de derecho penal del *nullum crimen sine lege* (“nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar un crimen de la competencia de la Corte”- artículo 22(1)), *nulla poena sine lege* - artículo 23- e *irretroactividad* (“Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta *anterior a su entrada en vigor*”-artículo 24(1)). Esta decisión demuestra la voluntad de los Estados de establecer una CPI construida sobre el suelo de los principios de tipicidad, legalidad e irretroactividad, fundamentales en la legitimidad de cualquier ordenamiento jurídico penal. A partir de esa fecha, la competencia sobre los crímenes del artículo 5 es plenamente prospectiva ya que, de acuerdo con el artículo 29, los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán.

⁴² Fernandes JM, Leiva Fernández LFP, Vinuesa RE. *La Corte Penal Internacional : Soberanía "versus" Justicia Universal*. Madrid: Reus; 2008, p.125. Por ejemplo, el artículo 1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia establece que la Corte tendrá competencia para conocer de los crímenes cometidos a partir de 1991 a pesar de que el Estatuto fue aprobado en mayo de 1993.

⁴³ Rastan, R., Badar, M., “Article 11 Jurisdiction *ratione temporis*” en Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016, pp.662-663

Además de este *límite absoluto*, el artículo 11(2) establece un *límite relativo* para el caso en el que un Estado ratifique el Estatuto posteriormente a la entrada en vigor de este: la competencia temporal de la Corte comenzará “después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado”. ¿Cuándo se produce esa entrada en vigor? De acuerdo con el artículo 126(2), “el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación”. Es decir, si el Estado ratifica el Estatuto el 15 de enero, este entrará en vigor el 1 de abril. No obstante, este límite relativo sí que puede ser superado, siempre y cuando no exceda la fecha del 1 de julio de 2002, mediante una declaración *ad hoc* de conformidad del artículo 12(3) por el propio Estado, tal y como establece el artículo 11(2) *in fine*; o mediante una remisión del CSNU.

El Estatuto ha previsto *dos mecanismos de suspensión temporal de la competencia de la Corte*. En primer lugar, el artículo 16 ha otorgado el poder al CSNU de suspender o impedir el inicio de una investigación o enjuiciamiento por un plazo de doce meses, pudiendo renovarse en las mismas condiciones ilimitadamente. Este mecanismo es la segunda pata del rol ternario del CSNU en la definición de la jurisdicción de la CPI (el primero siendo el poder de remisión de situaciones, y el tercero su rol en el modo de poner en ejercicio la jurisdicción sobre el crimen de agresión)⁴⁴. El uso de este mecanismo en la práctica ha sido muy controvertido y ha generado un gran debate público: en la Resolución 1422 (2002), el Consejo de Seguridad, solicitó que, “si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario⁴⁵”, expresando su deseo de renovarlo anualmente⁴⁶. Un año después, en la Resolución 1487 (2003), renovaron dicha suspensión. Este mecanismo es sin duda el método de

⁴⁴Bergsmo, M., Pejic, J., Zhu, D. “Article 16 Deferral of investigation or prosecution”, en Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016, pp.770 y siguientes.

⁴⁵ Resolución 1422 (2002) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4572a sesión, celebrada el 12 de julio de 2002, S/RES/1422 (2002), punto 1

⁴⁶ *Ibidem*, punto 2.

intervención del CSNU más pernicioso para la Corte dado que Estados como EEUU, China o Rusia, enemigos acérrimos de la Corte, van a poder jugar un rol determinante en cuanto a la decisión de si se investiga o no un asunto.

El segundo mecanismo es el sistema de *opt-out* temporal para los crímenes de guerra establecido en el artículo 124, mediante el cual un Estado podrá declarar, al ratificar el Estatuto, que, “durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio”. No obstante, la Asamblea de Estados Partes adoptó en su decimocuarta reunión una resolución por la cual se eliminaba dicho artículo⁴⁷. De acuerdo con el artículo 121(4) esta enmienda entrará en vigor un “un año después de que los siete octavos de los Estados Parte depositen en poder del Secretario General de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación o de adhesión”, no obstante, esa eventualidad parece todavía lejana ya que hasta la fecha sólo 11 Estados de 123 Estados Partes han ratificado la enmienda⁴⁸.

1.3. RÉGIMEN ESPECIAL DE COMPETENCIA PARA EL CRIMEN DE AGRESIÓN

El régimen competencial especial del crimen de agresión presenta las siguientes especialidades con respecto al régimen competencial ordinario:

Con respecto a la competencia ratione temporis, se establece un nuevo régimen temporal para el ejercicio de la competencia con respecto a este crimen, siguiendo las exigencias de los artículos 15bis(2) y (3), y 15ter(2) y (3). En efecto, estos artículos impusieron dos condiciones necesarias para poder ejercer la competencia: en primer lugar, se establecía un nuevo límite absoluto temporal por el cual la Corte sólo podría ejercer su competencia con respecto a los crímenes cometidos un año después de la ratificación de la enmienda por treinta Estados Partes. La trigésima ratificación de la enmienda ocurrió el 26 de junio de 2016, tras el depósito del instrumento de ratificación

⁴⁷ ICC-ASP/14/Res.2 Resolution on article 124, Resolution ICC-ASP/14/Res.2 Adopted at the 11th plenary meeting, on 26 November 2015, by consensus

⁴⁸ https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en (visitado el 10/02/2019).

por parte del Estado de Palestina⁴⁹, de modo que la Corte sólo podrá conocer de crímenes de agresión cometidos a partir del 26 de junio de 2017. En segundo lugar, se establecía que la Corte ejercería la competencia con respecto al crimen de agresión “a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017, por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto”. Esta aprobación se produjo en decimosexta Asamblea de Estados Partes, en su resolución nº 5 del 14 de diciembre de 2017, en la que se fijaba la fecha de activación de la competencia el día 17 de julio de 2018⁵⁰.

Con respecto a la competencia ratione personae, hay que constatar que hay una restricción del ámbito subjetivo del actor: sólo podrá ser reo de un crimen de agresión aquel que esté “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado” (artículos 8bis(1) y 25(3bis)). Kai Ambos plantea una crítica interesante a esta limitación en tanto en cuanto no es capaz de hacerse cargo de las nuevas formas de guerra asimétrica contemporáneas llevadas a cabo por actores paramilitares o terroristas que no siguen estrictamente las cadenas de mando jerárquico-burocráticas tradicionales, centrando en demasía el crimen de agresión en torno al Estado. Quizás la Corte tendrá que adoptar criterios de interpretación más flexibles sobre el concepto de mando a fin abordar estos nuevos fenómenos⁵¹.

No obstante, donde se produce la cesura más significativa es en la competencia de la Corte cuando ésta sea activada *motu proprio* por el Fiscal, o tras la remisión de un Estado Parte -ya que se mantiene la jurisdicción universal *en potencia* para cualquier situación remitida por el CSNU en el artículo 15ter. Para empezar, no podrá ejercer su competencia cuando el crimen de agresión haya sido cometido por los nacionales de un Estado no Parte o en el territorio del mismo (artículo 15bis(5)), lo cual supone una quiebra del principio de territorialidad tal y como viene definido en el régimen general puesto que se excluye totalmente la jurisdicción de la Corte sobre nacionales de Estados no Parte cuando sean los sujetos activos del crimen cometido en el territorio de un Estado Parte, y una quiebra del principio de nacionalidad activa dado que, aun cuando el sujeto actor es

⁴⁹ Press Release : 29/06/2016 State of Palestine becomes the thirtieth State to ratify the Kampala amendments on the crime of aggression: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/press%20releases/Pages/PR1225.aspx (consultado el 10/01/2019)

⁵⁰ Resolución ICC-ASP/16/Res.5, *Adoptada por consenso en la decimotercia sesión plenaria, el 14 diciembre de 2017*, punto 1

⁵¹ Ambos K. *El Crimen De Agresión Después De Kampala*. Dykinson; 2000, p. 49.

nacional de un Estado Parte que haya ratificado la enmienda, cuando la víctima sea un Estado no Parte, la Corte seguirá sin tener jurisdicción alguna sobre el caso⁵². Es una exclusión absoluta que está destinada a que la jurisdicción de la Corte se limite a los crímenes de agresión cometidos entre Estados Partes, creando una jurisdicción fuertemente basada en el consentimiento de los Estados y en el derecho de los tratados.

Dicho lo cual, las reglas de competencia *ratione personae entre los Estados Partes* también se ven sustancialmente modificadas. El artículo 15bis(4) prevé la posibilidad de que los Estados Parte depositen ante el Secretario de la Corte una declaración por la cual deciden no someterse a la jurisdicción de la Corte respecto de ese crimen. Ahora bien, hay que señalar la niebla existente en torno a la articulación del sistema de declaración de *opt-out* previsto en el artículo 15bis(4) y la previsión del artículo 121(5) que indica que las enmiendas sólo entrarán en vigor respecto de los Estados que hayan ratificado la enmienda. ¿Es posible una declaración de *opt-out* posterior a la ratificación? ¿Basta con una actitud pasiva para no someterse al régimen jurisdiccional de la Corte sobre el crimen de agresión? Las posturas divergentes e incluso opuestas entre los Estados son notorias: algunos defienden una postura basada en el consentimiento activo, y por tanto favorable a un régimen acumulativo entre ambas opciones, otros entienden que debe realizarse la declaración con anterioridad a la ratificación, y algunos, incluso, entienden que el sistema de *opt-out* deroga, en este régimen competencial especial, las previsiones del artículo 121 relativo a las enmiendas⁵³. Es una cuestión fundamental que la Corte tendrá que resolver en el futuro. Ahora bien, el tenor de la resolución 5 de la decimosexta Asamblea de Estados Parte en su punto 2 opta por la llamada “posición restrictiva”⁵⁴, propuesta por Francia y Reino Unido basada en el consentimiento activo que indica que “la Corte no ejercerá su competencia en relación con el crimen de agresión cuando este haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya ratificado o aceptado dichas enmiendas”. Es decir, que *de facto* hay una asimilación entre Estados Parte que no han ratificado la enmienda y Estados no Parte del Estatuto. De este modo, si el sujeto activo de un crimen de agresión sobre un Estado Parte que ha ratificado la

⁵² Andreas Zimmermann/Elisa Freiburgen, Article 15bis “Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (State referral, proprio motu)” Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016, p. 759

⁵³ ICC-ASP/16/24 Report on the facilitation of the activation of the jurisdiction of the International Criminal Court over the crime of aggression, Sixteenth session, New York, 4-14 December 2017, pp.3-8

⁵⁴ Kress, C. “Sull’ attivazione della giurisdizione della corte penale internazionale in relazione al crimine di aggressione”, *Diritto Penale Contemporaneo*, fascicolo 11/2018, p.13

enmienda es nacional de un Estado Parte que no ha ratificado la enmienda, la Corte no tendrá jurisdicción sobre él. Una posición más laxa podría haber determinado que el principio de territorialidad sigue siendo plenamente efectivo para los Estados Partes que hayan ratificado la enmienda con respecto al resto de Estados Partes. Del mismo modo, si la víctima es un Estado Parte que no ha ratificado la enmienda, la Corte no tendrá competencia para conocer del asunto. Si bien esto queda claro, lo que de ninguna manera queda resuelto del todo es la posible articulación entre la declaración de no aceptación de la competencia y las previsiones de entrada en vigor de las enmiendas.

Hasta la fecha sólo dos Estados han presentado dicha declaración de *opt-out*: Kenya⁵⁵ y Guatemala⁵⁶, con la diferencia de que Kenya declara su no aceptación absoluta al considerar el artículo 8*bis* contrario a su constitución, mientras que Guatemala indica en su declaración que “la Republica de Guatemala declara que no se somete a la competencia de la Corte Penal Internacional respecto al Crimen de Agresión, hasta que el Estado de Guatemala agote su proceso interno de ratificación de las enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁵⁷”

Por último, precisar que las declaraciones de no aceptación de la competencia, podrán retirarse en cualquier momento, y que en todo caso serán revisadas por el Estado Parte en un plazo de tres años (artículo 15*bis*(4)*in fine*).

⁵⁵ KENYA, DECLARACIÓN, DE CONFORMIDAD CON EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 15 bis DEL ESTATUTO DE ROMA, A EFECTOS DE NO ACEPTACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN, MFA. INT.8/14ª VOL X (86), 30 de noviembre de 2015, https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/2015_NV_Kenya_Declaration_article15bis-4-SPA.pdf

⁵⁶ GUATEMALA, Declaración de No Aceptación de la Republica de Guatemala a la Competencia de la Corte Penal Internacional respecto al Crimen de Agresión, Artículos 5 ,1 2 ,15bis.4,121.5 del Estatuto de Roma, 16 de enero de 2018: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/20180206142750.pdf>

⁵⁷ *Ídem*.

CAPÍTULO 2: ACTIVACIÓN Y PUESTA EN EJERCICIO DE LA COMPETENCIA: “TRIGGER MECHANISM”, EXÁMENES PRELIMINARES E INICIO DE LA INVESTIGACIÓN.

2.1. TRES MODOS DE ACTIVAR LA COMPETENCIA (*TRIGGER MECHANISM*).

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, fundada en las reglas expuestas en el capítulo anterior, permanece *latente* hasta que uno de los sujetos legitimados para promover el ejercicio de la competencia active la misma mediante la remisión de una *situación* al Fiscal. El artículo 13 legitima para ello a los siguientes sujetos: un Estado Parte cualquiera, el CSNU actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y el Fiscal *ex officio*. Con esto, se ha excluido de la posibilidad de activar la competencia a las personas físicas particulares (por ejemplo, las víctimas), a las organizaciones internacionales y a las organizaciones no gubernamentales. Isabel Lirola Delgado y Magdalena Martín Martínez tachan de conservadora la limitación de la legitimación activa para promover el ejercicio de la acción penal a esos tres sujetos. Consideran que la delimitación del ámbito subjetivo de la facultad de activación de la competencia no debería hacer abstracción de la finalidad de la Corte, consistente en poner fin a la impunidad de los autores individuales de los crímenes más graves contra la comunidad internacional y no en dirimir controversias interestatales. En su opinión, con esta restricción se estaría favoreciendo

*“la impunidad de actos que a menudo atentan contra intereses de la comunidad internacional en su conjunto, pero que, en tanto que no afectan intereses particulares o no ponen en peligro la paz o la seguridad internacionales, son tolerados por los Estados y por el Consejo de Seguridad, y cuya denuncia pública suele correr a cargo exclusivamente de las víctimas, sus familiares o algunas ONGS de carácter humanitario.”*⁵⁸

Una apertura más amplia o *progresista* hubiese podido ser totalmente legítima.

⁵⁸ Lirola Delgado I, Martín Martínez M. *La Corte Penal Internacional : Justicia Versus Impunidad*. Barcelona: Ariel; 2001., p. 176-177

No obstante, estos sujetos no han sido del todo excluidos, puesto que pueden enviar información de todo tipo al Fiscal a fin de comunicarle la *notitia criminis*; y, en base a ella, este podrá decidir iniciar una investigación *motu proprio*, en virtud del artículo 15(1). Este es el caso, por ejemplo, aunque sólo se halle en la fase de los exámenes preliminares, de la situación de los posibles crímenes de guerra cometidos por soldados británicos en Irak: fueron dos ONG, la European Center for Constitutional and Human Rights y el Public Interest Lawyers, las que comunicaron al Fiscal la posible comisión de crímenes de competencia de la Corte⁵⁹. La diferencia sustancial radica en que en estos casos el Fiscal no tiene obligación de ningún tipo de tomar en consideración esas informaciones para abrir unos exámenes preliminares, ni encuadran de forma alguna las posibles causas posteriores, como sí lo hacen las situaciones remitidas por los Estados Partes y el CSNU. Si decide tomar en consideración esas informaciones a fin de abrir una investigación, deberá proceder a un análisis de la veracidad de la información recibida. Además, como garantía a esos informadores, el Fiscal deberá proteger la confidencialidad de la información o de los testimonios orales o escritos recabados⁶⁰. De este modo se ha establecido un sistema intermedio, en el que estos otros candidatos encuentran una forma de acceso, aunque muy indirecta sin duda, al *ius standi* a través del Fiscal.

El poder de remisión de los Estados Parte y del CSNU *no* equivale a la potestad para ejercer la acción penal, puesto que el inicio de la investigación y el ejercicio de la acusación (cuyos criterios de ejercicio vienen recogidos en el artículo 53) son competencia *exclusiva* del Fiscal⁶¹. Lo que se remite es una *situación* que el Fiscal tendrá la obligación de examinar preliminarmente a fin de determinar si abre la investigación o no⁶². Para abrir la investigación, a diferencia de lo que sucede cuando esta se inicia *motu proprio*, no hará falta la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, ya que se entiende que el Fiscal se encuentra legitimado por una autoridad externa a sí mismo. Con este filtro obligatorio se busca preservar la independencia de la Corte: esta no es, a diferencia de los tribunales *ad hoc*, un mero apéndice del CSNU como hemos dicho ya

⁵⁹ OTP Report on Preliminary Examination Activities 2017, párr. 173.

⁶⁰ Regla 46, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI

⁶¹ Lirola Delgado I, Martín Martínez M, *op.cit.*, p.178 y 185.

⁶² Marchesi, A., Chaitidou, E. "Article 14 Referral of a situation by a State Party", Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016, p.716

en dos ocasiones, ni tampoco un instrumento para que los Estados Parte continúen la política por otros medios⁶³.

Por tanto, es fundamental explicar el concepto de *situación* (diferente de conceptos como *asunto* o *causa*). Una situación es un concepto que hay que interpretar de forma amplia y laxa, puesto que será el marco delimitante de la posible causa posterior (una vez se esté investigando y acusando a determinados sujetos concretos)⁶⁴. Si el Fiscal quisiese excederse de los límites de esa situación a la hora de seleccionar la causa, tendría que activar la competencia *motu proprio*. Una *situación* es una descripción de hechos definidos espaciotemporalmente a fin de definir un ‘escenario de conflicto’ en el que se han podido cometer cualesquiera de los crímenes del artículo 5. Esta descripción, que deberá remitirse por escrito al Fiscal⁶⁵, no hará referencias específicas a posibles sospechosos o crímenes concretos, sin perjuicio de una primera valoración *prima facie* que puedan llevar a cabo los Estados o el CSNU. Por poner un ejemplo concreto, citemos la remisión hecha por Mali el 13 de julio de 2012:

*“(...) remitimos ante ustedes los crímenes más graves cometidos desde el mes de enero de 2012 sobre nuestro territorio, en la medida en la que la jurisdicción de Mali se encuentra imposibilitada para perseguir o enjuiciar a los autores. Se tratan de violaciones graves y masivas de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario cometidos notablemente en la parte Norte del territorio: ejecuciones sumarias de soldados del ejercito de Mali, violaciones de mujeres y niñas, masacres de las poblaciones civiles, reclutamiento de niños soldados, torturas, pillajes generalizados (...). Estos hechos son constitutivos de crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra que son de competencia de la CPI en virtud del artículo 7 y 8 de su Estatuto”*⁶⁶

Con respecto a las remisiones efectuadas por un Estado Parte cabe hacer las siguientes consideraciones: *en primer lugar*, cualquier Estado Parte puede remitir una situación de competencia de la Corte al Fiscal en virtud de los artículos 13(a) y 14(1), pero *sólo* lo

⁶³ *Ídem*.

⁶⁴ *Ibid*, p. 720; Cfr. Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-1, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana, PTC I, 28 September 2010, párr. 6

⁶⁵ Regla 45, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁶⁶ Referral Letter to ICC, Mali, 13 of July 2012: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A245A47F-BFD1-45B6-891C-3BCB5B173F57/0/ReferralLetterMali130712.pdf>, traducción propia.

podrán hacer Estados Partes, esto es, los Estados que han ratificado el Estatuto conforme a los artículos 125 y 126. En consecuencia, no caben remisiones *ad-hoc* por Estados que no son Parte, incluso de aquellos que hayan hecho una declaración de conformidad del artículo 12(3)⁶⁷. *En segundo lugar*, “en la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante” (artículo 14(2)). *En tercer lugar*, no ha habido problema alguno en la práctica en aceptar las autoremisiones (*self-referrals*) a pesar de que pueda apreciarse una contradicción entre dicha práctica y el principio de complementariedad – que explicaremos en el próximo capítulo-, sobre todo en lo concerniente al deber, enunciado en el Preámbulo del Estatuto de Roma, de todo Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales⁶⁸. Es más, en la práctica, las seis remisiones hechas por Estados Partes han sido autoremisiones (República Centroafricana I el 7 de enero de 2005, II el 31 de mayo de 2014, Comoras el 14 de mayo de 2013, la República Democrática del Congo el 19 de abril de 2004, Mali el 13 de julio de 2012 y Uganda el 29 de enero de 2014⁶⁹). *Por último*, no queda claro, dado que no ha sucedido en la práctica ni viene previsto en el Estatuto, qué sucedería si un Estado retirase la remisión⁷⁰.

Con respecto a las remisiones efectuadas por el CSNU es menester explicar en qué consiste “actuar con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”, dado que es una condición necesaria para que se pueda remitir una situación. La situación debe ser considerada por el CSNU como un acto que amenace o quebrante la paz, o constituya un acto de agresión para que pueda ser remitida al Fiscal (artículo 39 Carta de las Naciones Unidas), además de ser una situación en la que presumiblemente se hayan cometido cualesquiera de los crímenes de competencia de la Corte. Este tipo de remisiones que, recordemos, pueden prorrogar la competencia territorial y personal pero nunca la temporal o la material de la CPI, otorgando a ésta una jurisdicción universal latente⁷¹, se fundamentan en el artículo 41 de la Carta de Naciones Unidas. Es decir que las remisiones se engloban dentro de las medidas que no implican

⁶⁷Schabas, W.A., Pecorella, G., “Article 13 Exercise of jurisdiction”, en Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016, p.696

⁶⁸ Marchesi, A., Chaitidou, E, *op.cit*, p.714.

⁶⁹ Se pueden consultar todas las remisiones en el siguiente sitio web: <https://www.icc-cpi.int/resource-library>

⁷⁰ Marchesi, A., Chaitidou, E, *op.cit*, p.715

⁷¹ Lirola Delgado I, Martín Martínez M., *op cit*, p.174

el uso de la fuerza para reestablecer o mantener la paz y la seguridad internacionales. En virtud de este artículo se establecieron los Tribunales *ad hoc*, y este mismo artículo se alega explícitamente como base jurídica en la remisión de la situación en Libia efectuada por el CSNU en la resolución 1970 (2011) en el último párrafo de los considerandos⁷². Hay que resaltar, además, que los miembros permanentes del CSNU tienen derecho de veto de acuerdo con el artículo 27 de la Carta de Naciones Unidas, de modo que estos miembros van a jugar un papel determinante en la apreciación de oportunidad de la remisión, siendo un vehículo muy peligroso para politizar a la Corte Penal Internacional, ya que sólo llegarán las situaciones que los Estados más poderosos del mundo deseen que lleguen, pudiendo convertir a la Corte en un instrumento geopolítico para la defensa de ciertos intereses.

2.2. EXÁMENES PRELIMINARES.

Una vez que se ha remitido al Fiscal la situación o este decide *motu proprio* iniciar una investigación, se abre la primera fase del procedimiento, los exámenes preliminares, que sirven de filtro para que el Fiscal determine si quiere *iniciar una investigación en sentido estricto o no*. Si la situación le ha sido remitida por el CSNU o por un Estado Parte, al Fiscal le bastará con determinar que existe un “fundamento razonable” de acuerdo con los distintos exámenes que deberá realizar en esta fase para poder iniciar la investigación, mientras que si se inicia *motu proprio*, necesitará la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares (artículo 15(3)). De esto hablaremos más en detalle en el próximo epígrafe. Además, en opinión de Marina Aksenova los exámenes preliminares son una implantación técnica del principio de complementariedad⁷³, dado que no sólo es una fase procesal en la que se examina si debe iniciar una investigación, sino porque uno de los factores a tener en cuenta por parte del Fiscal a la hora de decidir abrir la investigación en sentido estricto es la admisibilidad del asunto -derivada del principio de complementariedad- y, sobre todo, porque esa fase procesal es, en general, la idónea para

⁷² En el caso de la remisión de la situación en Sudán, se utilizó una fórmula más vaga e imprecisa que indicaba que el CSNU actuaba conforme al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, pero no especificaba el artículo concreto como si lo hizo para el caso Libia.

⁷³ Aksenova, M., “The ICC involvement in Colombia: Walking the Fine Line Between Peace and Justice”, Bergsmo, M., Stahn, (eds.). *Quality Control in Preliminary Examination* (vol 1), 2018, p.263

que se puedan desempeñar las actividades propias del principio de complementariedad positiva, que explicaremos en el próximo capítulo, dado que no tiene límite temporal alguno, pudiendo durar años (por ejemplo, en Colombia se abrieron exámenes preliminares en 2004 y siguen abiertos a día de hoy), con el objetivo de presionar a las jurisdicciones nacionales a perseguir los crímenes de competencia de la Corte.

Los factores que el Fiscal debe tener en cuenta en los exámenes preliminares para determinar si existe fundamento razonable para proceder a la investigación, recogidos en el artículo 53(1), son: 1) la jurisdicción, 2) la admisibilidad y 3) el interés por la justicia. Además, para determinar la veracidad de la información recibida “podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte” (artículo 15.2 y Regla 104(2)). Estos factores dan lugar a un proceso dividido en cuatro fases para determinar si se cumplen con los requisitos. La primera fase consiste en analizar la verosimilitud y seriedad de la información recibida a fin de determinar si el asunto está manifiestamente fuera de la competencia de la Corte, si no se encuentra ya en examen preliminar o si ya está siendo investigado o enjuiciado⁷⁴. La segunda fase culmina con el llamado “informe sobre el artículo 5” por el cual se determina si, tras una evaluación fáctica y jurídica, los hechos alegados caen dentro de la competencia material de la Corte⁷⁵. La tercera fase culmina con el “informe sobre el artículo 17” en el que el Fiscal determina si el asunto es admisible o no⁷⁶ (los criterios de admisibilidad son el umbral de gravedad -que ya hemos explicado en el capítulo anterior- y la admisibilidad vinculada al principio de complementariedad -que explicaremos en el siguiente). La pendencia de esta tercera fase puede ser de gran utilidad como método de presión por parte de la Corte para que los Estados lleven a cabo actuaciones efectivamente tendentes a perseguir y castigar adecuadamente dichos crímenes. Por último, en la cuarta fase se examina el interés de justicia y se elabora el “informe sobre el párrafo 1 del artículo 53” en el cual el Fiscal indica si iniciará o no una investigación y en la que se proporcionará una calificación

⁷⁴ OTP Documento de política general sobre exámenes preliminares, Noviembre 2013, para 78.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 81

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 82

jurídica inicial de los hechos en cuya descripción figurarán como mínimo los lugares, el momento y los sujetos involucrados en la comisión de los crímenes⁷⁷.

Merece la pena detenerse sobre el concepto de “interés de justicia”. En opinión de Ignaz Stegmiller, el marco normativo del Estatuto de Roma es más flexible de lo que se cree gracias a este concepto de interés de justicia⁷⁸, el cual podría ser utilizado en beneficio de la complementariedad atendiendo siempre al caso concreto. Además, en el documento de política de la Fiscalía de la CPI exclusivamente dedicado al interés de justicia resalta lo siguiente: en primer lugar, existe una presunción *iuris tantum* a favor de que la investigación redundaría en interés de la justicia; en segundo lugar, el fiscal siempre debe tener en mente la finalidad retributiva y preventiva del Estatuto de Roma a la hora de valorar el interés de justicia; y, por último, el interés de justicia nunca equivale al “interés por la paz”⁷⁹, cuya preservación corresponde al CSNU a través del mecanismo del artículo 16⁸⁰. Los criterios a tener en cuenta para determinar si la investigación redundaría en el interés de la justicia son la gravedad del crimen -utilizando los criterios anteriormente expuestos- y el interés de las víctimas (art 53(1.c)⁸¹), para lo cual el Fiscal deberá involucrarse en un diálogo activo con las víctimas mismas, las organizaciones que las representen u otras organizaciones de la sociedad civil⁸².

2.3. LA DECISIÓN DE INICIAR O NO LA INVESTIGACIÓN.

Si en el “informe sobre el párrafo 1 del artículo 53”, *el Fiscal estima que debe iniciarse la investigación*, el procedimiento a seguir dependerá de quién haya activado la competencia:

-*Si fue el CSNU*, el Fiscal procederá sin más a iniciar la investigación.

-*Si fue un Estado Parte*, el Fiscal deberá notificar el inicio de la investigación “a todos los Estados Partes y aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 83 y 84

⁷⁸ Stegmiller, I. “Positive Complementarity and Legitimacy – Is the International Criminal Court Shifting from Judicial Restraint Towards Interventionism?” Bailliet CM, Hayashi N, Nicholson J. *The Legitimacy of International Criminal Tribunals*. Cambridge UK: Cambridge University Press; 2017, p. 252.

⁷⁹ OTP Policy Paper on the Interests of Justice, September 2007, p.1

⁸⁰ *Ibidem*, p.8

⁸¹ Obviamos el tercer criterio establecido en el artículo 53(2.c): edad o enfermedad del presunto autor u su participación en el crimen, dado que esto sólo se incluye para el ejercicio de la acción penal, una vez la investigación ha comenzado, y nosotros nos situamos todavía en la cuestión del examen preliminar.

⁸² OTP Policy Paper on the Interests of Justice, September 2007, p.6

disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate” (artículo 18(1)), a fin de que estos últimos puedan activar el mecanismo de inhibición temprana de la jurisdicción regulado en el artículo 18 -que explicaremos en el último capítulo-, pero iniciará la investigación sin autorizaciones suplementarias.

-*Si fue motu proprio*, además de realizar la misma notificación del artículo 18, el Fiscal deberá presentar por escrito⁸³ *una petición de autorización* ante la Sala de Cuestiones Preliminares junto con la documentación justificativa que haya reunido (artículo 15(3)). Las víctimas podrán presentar las observaciones que estimen oportunas. La Sala de Cuestiones Preliminares dictará una decisión motivada, en cuanto a si autoriza, en todo o en parte, o no, la solicitud del Fiscal de que se inicie una investigación, notificando también a las víctimas que hayan hecho observaciones la decisión⁸⁴. Lo autorizará cuando estime a la luz de la petición y los documentos aportados que hay fundamento suficiente para abrir una investigación, sin perjuicio de una posible revisión de oficio de la competencia, o que se suscite una cuestión de admisibilidad o competencia ulterior (artículo 15(4)). Denegará la autorización en caso contrario. En este último caso, el Fiscal podrá presentar una nueva petición “basada en nuevos hechos o pruebas relacionadas con la misma situación” (artículo 15(5)).

-*En cualquier caso*, en virtud del artículo 53(4), “el fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación (...) sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones”.

En cambio, si tras los exámenes preliminares *el Fiscal llegase a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación*, su actuación subsiguiente dependerá, de nuevo, del modo en el que se haya activado la competencia, sin perjuicio de la facultad de examinar nueva información sobre la misma situación posteriormente, a la luz de nuevos hechos o pruebas para decidir iniciar la investigación (artículo 15(6)):

-*En todo caso*, si la decisión de no iniciar la investigación se basa únicamente en virtud de la falta de interés de justicia, deberá comunicarlo a la Sala de Cuestiones

⁸³ Regla 50(2), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁸⁴ Regla 50(5), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

Preliminares (artículo 53(1.c)) inmediatamente después de tomar la decisión incluyendo la conclusión y su fundamento⁸⁵.

-En caso de que se haya activado motu proprio, el Fiscal archivará el asunto tras informar a quien le hubiese presentado la información (artículo 15(6)) exponiendo los motivos a fin de evitar todo peligro para la seguridad, el bienestar y la intimidad de los informadores⁸⁶, indicando además “la posibilidad de presentar información adicional sobre la misma situación cuando haya hechos o pruebas nuevos”⁸⁷. Si el Fiscal determinase no proceder a la investigación únicamente en virtud del interés de justicia, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá confirmar o revocar *de oficio* dicha decisión (artículo 53(3.b)). La Sala tendrá 180 días desde la notificación de la decisión del Fiscal para revisarla. Además, tendrá que informar al Fiscal de su intención de revisar la decisión, fijando un plazo para que éste presente sus alegaciones al respecto⁸⁸. La decisión de la Sala deberá exponer sus fundamentos y ser adoptada por la mayoría de los magistrados que la componen⁸⁹. Si revocase la decisión, el Fiscal deberá proceder obligatoriamente a iniciar la investigación⁹⁰.

-En caso de que se haya activado por una remisión de un Estado Parte o del CSNU, el Fiscal deberá notificar la decisión inmediatamente por escrito al Estado que hubiese remitido la situación o al CSNU, según el caso⁹¹. La notificación deberá contener la conclusión del Fiscal, teniendo en cuenta la protección de víctimas y testigos⁹². A petición del Estado que remitió la situación o del CSNU, si actuó conforme al artículo 13(b), “la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación (...) y pedir al Fiscal que *reconsidere* esa decisión” (artículo 53(3.a)), sea cual fuere el motivo del Fiscal para no proceder. La petición será presentada por escrito dentro de un plazo de 90 días desde que se recibió la notificación de la decisión del Fiscal e incluirá una exposición de motivos⁹³. La Sala de Cuestiones Preliminares podrá pedir al Fiscal todos los documentos e informaciones que considere necesario para llevar a cabo su revisión, así como podrá pedir al reclamante observaciones

⁸⁵ Regla 105(4) y (5), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁸⁶ Regla 49(1), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁸⁷ Regla 49(2), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁸⁸ Regla 109(1), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁸⁹ Regla 110(1), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁹⁰ Regla 110(2), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁹¹ Regla 105(1), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁹² Regla 105(2), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁹³ Regla 107(1), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

complementarias⁹⁴. La decisión de la Sala deberá adoptarse por mayoría, indicando las razones y comunicándola a quienes hayan participado en la reconsideración. En este caso la decisión consistirá en una solicitud de *reconsideración* total o parcial al Fiscal, que tendrá que tomar una decisión definitiva al respecto lo antes posible y notificarlo con las conclusiones a las que haya llegado a la Sala y a las partes que hayan intervenido⁹⁵. Aquí también cabe la revisión de oficio por parte de la Sala, con los mismos efectos que en el caso de una investigación *motu proprio*, de la decisión de no investigar únicamente por la falta de interés de justicia (artículo 53(3.b)).

2.4. ESPECIALIDADES DEL CRIMEN DE AGRESIÓN

En caso de que la competencia haya sido activada *motu proprio* o tras la remisión de un Estado Parte, si el Fiscal entiende que hay un fundamento razonable para proceder a la investigación de la comisión de un crimen de agresión, el procedimiento a seguir para autorizar la investigación presenta una serie de especialidades con respecto al procedimiento ordinario. Aquí interviene el Consejo de Seguridad con un peso importante, aunque no infranqueable, puesto que el procedimiento que se ha establecido salvaguarda la independencia del Fiscal y la autonomía de la Corte en general, e incluso la refuerza frente a otras alternativas que se podrían haber adoptado⁹⁶. En efecto, *el primer paso* que debe cumplir el Fiscal es verificar si “el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate” (artículo 15bis(6)). Para ello, el Fiscal deberá notificar al Secretario General de la ONU la situación que esté conociendo, aportando la documentación pertinente. A partir de aquí es cuando se abren vías alternativas:

-*si el CSNU ha determinado positivamente* la existencia de un acto de agresión, el Fiscal podrá proceder a iniciar la investigación (artículo 15bis(7)), esta vez sin necesidad de autorización alguna por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares.

-*si el CSNU no se ha pronunciado todavía al respecto y no lo hace en un plazo de 6 meses desde la notificación del Fiscal*, de acuerdo con el artículo 15bis(8), éste podrá

⁹⁴ Regla 107(2) y (4), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁹⁵ Regla 108, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

⁹⁶ Ambos, K, *op cit.* p.57

iniciar la investigación, si cuenta con la autorización, de acuerdo con el procedimiento ordinario para activaciones de la competencia *motu proprio* del artículo 15, de la *Sección* de Cuestiones Preliminares, y si el Consejo de Seguridad no ha hecho uso de la suspensión del artículo 16 en virtud a un interés de paz. No obstante, es menester señalar que aquí quien autoriza es la *Sección* y no la *Sala*, de modo que se necesitará la mayoría de votos de entre un mínimo de 6 magistrados, y no sólo de entre 3 como en el caso de la Sala (artículo 39(1) y (2)), lo que supone en palabra de Kai Ambos, “un filtro interno potenciado”⁹⁷.

-si el CSNU se ha pronunciado negativamente, el Estatuto no prevé explícitamente ninguna solución. En opinión de Kai Ambos, y esta parece la solución más adecuada al carácter autónomo de la Corte frente al CSNU, habrá que asimilar dicho pronunciamiento a una falta de determinación⁹⁸.

Ahora bien, “la determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte”, sea cual sea, incluido el CSNU, “no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte” en virtud del Estatuto de Roma (artículo 15*bis*(9)). Es decir, que ni el Fiscal está necesariamente obligado a entender que existe un fundamento razonable para investigar o enjuiciar de acuerdo con las reglas del artículo 53, ni los Magistrados están obligados a condenar a un individuo por el crimen de agresión en función a una estimación externa a la Corte. Este precepto es un gran logro para preservar la independencia judicial de la Corte⁹⁹.

⁹⁷ *Ídem*

⁹⁸ *Ibidem*, p.58

⁹⁹ Por otra parte reafirmada en el punto 3 de la Resolución 5 de la 16ª Asamblea de Estados Partes de 14 de diciembre de 2017 que dice así: “*Reafirma* el párrafo 1 del artículo 40 y el párrafo 1 del artículo 119 del Estatuto de Roma en relación con la independencia judicial de los magistrados de la Corte”

CAPÍTULO 3: EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD COMO ESENCIA DEL RÉGIMEN JURISDICCIONAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

3.1 CONCEPTO, FUNDAMENTO, ORÍGENES, ESTRUCTURA Y ARTICULACIÓN JURÍDICA.

El principio de complementariedad es la piedra angular de la arquitectura jurisdiccional de la Corte Penal Internacional. Todas las reglas de atribución de competencia explicadas anteriormente se someten en última instancia a este principio rector y fundamental de la actuación de la Corte a la hora de determinar si puede ejercer su jurisdicción sobre un caso, o no. Este principio establece que las jurisdicciones nacionales tienen el derecho y la responsabilidad de investigar y enjuiciar en primer lugar los crímenes internacionales de competencia de la Corte. Otorgándose esta primacía a los Estados, la CPI sólo podrá ejercer su jurisdicción cuando las jurisdicciones domésticas fallen en el intento, ya sea porque no hay disposición a hacerlo (*unwillingness*) o porque realmente no puedan hacerlo (*genuine inability*)¹⁰⁰. Como consecuencia de este principio y del “deber de todo Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales” recordado en el preámbulo del Estatuto de Roma¹⁰¹, se da la paradójica situación de que el mayor éxito posible para la Corte sería su inactividad absoluta¹⁰². El régimen de complementariedad también se aplica para las situaciones referidas por el Consejo de Seguridad en virtud del artículo 13(b) ya que, si bien la Corte es una institución vinculada al sistema de Naciones Unidas¹⁰³, es independiente de él¹⁰⁴. Además, las decisiones del Consejo de Seguridad tienen fuerza vinculante principalmente para los Estados y no para instituciones internacionales como la CPI¹⁰⁵. En opinión de los

¹⁰⁰ *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, 2003, párr 1

¹⁰¹ ER, preámbulo párr. 6

¹⁰² Werle G, Cárdenas Aravena C, Geneuss J, Gutiérrez Rodríguez M, Jessberger F., *op.cit*, p.184.

¹⁰³ Artículo 2 ER

¹⁰⁴ Artículo 2 Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, ICC-ASP/3/Res.1: “Las Naciones Unidas reconocen a la Corte como institución judicial independiente de carácter permanente que, de conformidad con los artículos 1 a 4 del Estatuto, tiene personalidad jurídica internacional y la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos”; Preámbulo ER párr. 9.

¹⁰⁵ *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, 2003, párr 68; artículos 25 y 41 Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS, XVI.

redactores del *Informal expert paper* de 2003 por el que se envían pautas al Fiscal sobre cómo poner en práctica el principio de complementariedad, éste también se aplica en caso de que terceros Estados que no son parte del Estatuto, en virtud de una atribución de competencia en virtud de la nacionalidad activa, la pasiva o la jurisdicción universal, comiencen una investigación sobre crímenes que sean competencia de la Corte¹⁰⁶.

Mediante estos dos pilares, el respeto por la prioridad de las jurisdicciones estatales y la toma en consideración de la eficiencia y la eficacia¹⁰⁷, este principio articula y se hace cargo de dos principios de Derecho Internacional que, si bien no son contradictorios, sí que guardan una gran tensión entre sí: la soberanía estatal (la prohibición de intervención en los asuntos internos de otro Estado, la integridad territorial y la independencia política¹⁰⁸) y el deber de poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales que ponen en peligro los tres bienes jurídicos protegidos por el Estatuto de Roma (la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad¹⁰⁹), así como prevenir la comisión de futuros crímenes¹¹⁰. La elección de este principio como eje articulador fundamental no sólo permite regir las relaciones entre la Corte Penal Internacional y los Estados Partes, sino que también tiene en consideración la articulación general de, en palabras de la actual Fiscal de la CPI Fatou Bensouda, “*un sistema global de justicia criminal dentro del cual actores nacionales, regionales e internacionales operan, en adición a otros mecanismos de justicia de reconciliación. Tales acciones independientes y complementarias deben garantizar que se haga justicia para todos los crímenes cometidos en una situación y asegurar que la impunidad será eliminada*”¹¹¹. La CPI es un actor *sui generis* en una constelación más amplia compuesta por jurisdicciones nacionales -cuyas legislaciones integran normas derecho penal internacional, o que actúan en virtud del principio de jurisdicción universal¹¹²-, tribunales internacionales *ad*

¹⁰⁶ *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, 2003, párr 75

¹⁰⁷ Jurdi, N.N., “The Complementarity Regime of the International Criminal Court in Practice: is it Truly Serving the Purpose? Some lessons from Lybia”, en *Leidein Journal of International Law* (2017), p.201

¹⁰⁸ Artículo 2, *Carta de la Naciones Unidas*

¹⁰⁹ Preámbulo ER párr. 3

¹¹⁰ Preámbulo ER, párr. 5.

¹¹¹ Bensouda, F., “Reflections from the International Criminal Court Prosecutor”, 45 *Case W. Res. J. Int'l L.* 505 (2012), p.508

¹¹² Es interesante señalar que es Derecho Consuetudinario Internacional el que los Estados puedan ejercer su competencia en virtud de la jurisdicción universal sobre determinados crímenes internacionales que atentan contra los intereses fundamentales de la comunidad internacional como el genocidio, pero que no sea el caso para la delegación de esa competencia a tribunales internacionales. Ver Morris, M., “Crímenes graves y errores conceptuales: la Corte Penal Internacional y los Estados no partes”, Chehtman A. *Problemas Estructurales De Derecho Penal Internacional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales; 2015, p.128

hoc (Tribunal Penal Internacional para la ex –Yugoslavia y Tribunal Pernal Internacional para Ruanda), y tribunales híbridos (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Especial para el Líbano y el Tribunal Especial Residual para Sierra Leona). El carácter *sui generis* de la CPI reside en que es una corte *permanente*¹¹³ y con *potencial alcance universal*¹¹⁴, a diferencia del resto. Por tanto, decidir si la Corte debía tener jurisdicción exclusiva, como fue el caso del Tribunal Militar Internacional en los juicios de Núremberg¹¹⁵, o si, aun aceptando jurisdicciones concurrentes, debía tener prioridad frente a estas, como era el caso del TPIY¹¹⁶, el TPIR¹¹⁷, o el TEL¹¹⁸ por poner unos ejemplos, o un régimen de complementariedad con prioridad estatal no era una elección menor. Hay que resaltar igualmente que el régimen de complementariedad hubiese sido perfectamente compatible con un régimen de jurisdicción universal, ya que “el enfoque universalista no implica ni competencia exclusiva ni competencia prioritaria¹¹⁹”,

En efecto, la elección del criterio para dirimir la competencia en caso de jurisdicciones concurrente fue un tema muy importante en las discusiones del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional entre 1994 y 1998¹²⁰. No obstante, en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional que hubo lugar entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998 en Roma ya no existían dudas sobre el hecho de que era el mecanismo más adecuado para “conciliar los ideales de preservación de la soberanía estatal y el establecimiento de una jurisdicción internacional permanente¹²¹” y que era el único que iba a permitir recabar más apoyos y ratificaciones del Estatuto - fuente principal de legitimidad de una Corte de esta naturaleza-¹²². Las delegaciones indias y pakistanís destacaron como líderes del bloque de países que defendían a ultranza

¹¹³ Artículo 1 ER.

¹¹⁴ Artículo 125.3 ER: “El presente Estatuto estará abierto a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas”

¹¹⁵ Werle G, Cárdenas Aravena C, Geneuss J, Gutiérrez Rodríguez M, Jessberger F. , *op cit*, p. 180

¹¹⁶ UN Security Council, *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (as amended on 17 May 2002), 25 May 1993, art.9(2)

¹¹⁷ UN Security Council, *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda* (as last amended on 13 October 2006), 8 November 1994, art. 8(2)

¹¹⁸ S/RES/1757 Having been established by an Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic (hereinafter “the Agreement”) pursuant to Security Council resolution 1664 (2006) of 29 March 2006, which establishes a *Statute of the Special Tribunal for Lebanon*, art. 4(1)

¹¹⁹ Kaul, H.P., Kress, C., *op.cit*, p.309

¹²⁰ Fernandes JM, Leiva Fernández LFP, Vinuesa RE, *op. cit.*, p.76-77

¹²¹ *Ibidem*, p. 83.

¹²² *Ídem*

este principio en defensa de la soberanía nacional, a pesar de que otras demandas como la competencia por consentimiento, la ausencia total de funciones para el CSNU o la limitación de poderes del Fiscal no se vieron satisfechas en el texto final¹²³. No obstante, este consenso sobre el principio de complementariedad no fue siempre tal: miembros de un grupo de trabajo creado por la CDI para discutir sobre este asunto en 1991 argumentaron lo siguiente:

*“(…) la solución más sencilla para la CPI sería tener jurisdicción exclusiva, algo que eliminaría, o al menos resolvería, los muchos problemas complejos que llevarían a conflictos de jurisdicción entre la Corte y los tribunales nacionales. Faltaría verificar si la solución es aceptable para los Estados en el presente (...) El argumento de que los Estados no abandonarían su soberanía judicial e iban a preferir mantener su derecho a juzgar todos los crímenes, aunque graves, particularmente si eso significara otorgar jurisdicción a una corte internacional, no era conveniente (...) Sería necesario darse cuenta de que el principio de la soberanía no era tan absoluto como lo fue en el pasado (...) Evocar el concepto de soberanía para descartar la jurisdicción exclusiva no parece ser conforme a las tendencias actuales.”*¹²⁴

Finalmente, se optó por este sistema de complementariedad que, aun siendo más complejo jurídicamente, era el más adecuado para insertar una Corte Penal Internacional en un sistema-mundo de Estados-naciones soberanos y favorecer la lucha contra la impunidad de los crímenes de su competencia.

Este principio se expresa en una doble dimensión en la forma en la que la Corte se habrá de relacionar con los Estados Partes que es sintomática de una paradoja constitutiva de la propia Corte: los dos principios rectores de la actuación de la Corte con respecto a los Estados son *la colaboración* [partnership] y *la vigilancia* [vigilance]¹²⁵. La colaboración debe ser entendida como una colaboración constructiva, positiva, en la que se ayude a los Estados a que genuinamente investiguen o enjuicien los crímenes de competencia de la CPI o a proseguir de manera más eficaz con esa persecución; la vigilancia, por su parte, consiste en verificar y monitorear activamente dichas actuaciones

¹²³ *Ibidem*, pp.91-92

¹²⁴ ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol II, citado en Fernandes JM, Leiva Fernández LFP, Vinuesa RE. *La Corte Penal Internacional : Soberanía "versus" Justicia Universal*. Madrid: Reus; 2008, p. 84

¹²⁵ *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, 2003, párr. 3.

a fin de comprobar que no se esté buscando incumplir con el deber de persecución¹²⁶. En el fondo, una Corte que es complementaria, y que depende de la cooperación de los Estados para ser eficaz cuando se arroga la competencia, debe tener cierta confianza en los Estados Parte del Estatuto; pero el sólo hecho de existir indica la necesidad de no relegar la lucha contra esos crímenes exclusivamente a los Estados, dado que muchas veces se cometen a través de los propios aparatos estatales, y puesto que tantas veces han quedado impunes. Esa tensión entre presunción de *bona fide* y presunción de *mala fide* está en el corazón de todos los mecanismos jurídicos establecidos en el Estatuto para regular el funcionamiento de este principio y se traduce en las dos patas fundamentales del sistema: la complementariedad positiva y la admisibilidad del asunto.

La inclusión de este principio en los preceptos definitorios de la CPI indica el carácter vertebrador que tiene para el conjunto del funcionamiento y la estructura de la Corte. En efecto, el principio viene enunciado en el Estatuto de Roma en décimo párrafo del Preámbulo, “destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales” y en el artículo 1, “se instituye por el presente una Corte Penal Internacional. La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.

Ahora bien, su articulación jurídica se concreta en cinco preceptos fundamentales a tener en cuenta: el artículo 17 por el que se establecen los criterios de inadmisibilidad, el artículo 18 que regula el mecanismo de petición de inhibición temprana, el artículo 19 que regula la impugnación de la admisibilidad y de la competencia, el artículo 53 que regula los factores a tener en cuenta por el Fiscal para iniciar la investigación y encausar a un acusado, entre los cuales se halla la admisibilidad, y el artículo 119 que establece que las controversias relativas a funciones judiciales de la Corte serán resueltas por la propia Corte. A su vez, a pesar de que no sean fuente de derecho, los distintos planes estratégicos de la Fiscalía, las directrices sobre política general en materia de exámenes preliminares y los informes anuales sobre exámenes preliminares arrojan mucha luz

¹²⁶ *Ídem*.

acerca de cómo hay que entender la complementariedad positiva y el papel que juegan los exámenes preliminares.

3.2 COMPLEMENTARIEDAD POSITIVA

En 15 años de práctica de la CPI se ha asentado la idea de que el principio de complementariedad no sólo tiene una vertiente *pasiva* o *negativa* articulada en las cuestiones de inadmisibilidad (artículos 17 a 19), sino que tiene una vertiente *positiva* o *dinámica* en la que el Fiscal juega un rol fundamental, entiendo por tal la “política proactiva de cooperación dirigida a promover procesos al nivel nacional¹²⁷”, a fin “promover procesos nacionales genuinos donde sea posible, incluyendo a los países que sean objeto de una situación conocida por la Corte [situation countries] apoyándose en una variedad de redes de cooperación que no involucren directamente a la Fiscalía en la construcción de capacidad [capacity building] o en la asistencia financiera o técnica”¹²⁸. Es un concepto-guía para gobernar las relaciones entre la Corte y las jurisdicciones nacionales sobre la base de tres principios fundamentales: la idea de que hay una carga compartida de la responsabilidad en la lucha y la prevención contra los crímenes tipificados en los artículos quinto y siguientes del Estatuto de Roma, la necesidad de gestionar investigaciones y juicios eficaces y el carácter bilateral de la cooperación¹²⁹. La fase procesal en la que adquiere relevancia es en los *exámenes preliminares*, momento clave en el que el Fiscal puede actuar como catalizador de los procedimientos nacionales, monitoreando la situación, enviando misiones, solicitando información o proveyendo ayuda a los Estados, a la sociedad civil misma o a la comunidad internacional indicando cuáles son los pasos para cumplir con su deber de persecución de los crímenes de competencia de la CPI¹³⁰.

Si bien esta dimensión positiva no está recogida en el propio Estatuto de Roma, su concepto y las prácticas concretas que lo componen han sido desarrollados en los distintos documentos de política y estrategia de la Fiscalía. Aunque este tipo de documentos no son creadores de Derecho, sí que sirven para establecer criterios

¹²⁷ OTP Strategic Plan 2009-2012, párr. 16.

¹²⁸ *Ibidem*, párr. 17.

¹²⁹ Olugbuo, B.C., “Challenges in the Relationship Between the ICC and African States: The Role of Preliminary Examinations under the First ICC Prosecutor”, Bergsmo, M., Stahn, (eds.). *Quality Control in Preliminary Examination* (vol 1), 2018, p. 337.

¹³⁰ OTP Strategic Plan 2009-2012, párr. 38.

transparentes que pauten la actuación del Fiscal generando previsibilidad y seguridad para todos los posibles actores involucrados¹³¹. Es más, estos han sido fundamentales en lo referente a la comprensión de la complementariedad, generando expectativas sobre la dinámica propia de la Corte y su rol en el sistema global de justicia criminal. No caben dudas tampoco de que esta dimensión se deduce de los propios fines establecidos en el Estatuto: los párrafos cuarto, quinto y sexto del Preámbulo son meridianos sobre la necesidad de que los Estados se esfuercen activamente para evitar la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, siendo además su deber. Por lo tanto, “el hecho de que el Fiscal de la CPI haya decidido ir más allá del marco de la prevención de los crímenes al nivel internacional dirigiendo alguno de sus esfuerzos al nivel nacional no sólo no genera ningún problema desde una perspectiva legal sino que es claramente consistente con los objetivos del preámbulo.”¹³² Incrementar el número de investigaciones y juicios genuinos al nivel nacional supone “un funcionamiento exitoso del sistema de Roma considerado en su totalidad”¹³³.

El fundamento de una aproximación de esta naturaleza a la complementariedad fue correctamente recogido en el primer documento estratégico de la Fiscalía en 2003: las investigaciones y los procesos nacionales suelen ser la vía más eficiente y eficaz para combatir la impunidad ya que los Estados tienen un acceso más inmediato a las fuentes de prueba y a los testigos¹³⁴. Ello justifica, a la luz de los fines del Estatuto de Roma, no sólo que el Fiscal aliente a los Estados a iniciar a sus propios procedimientos, como ya se estableció en 2003¹³⁵, sino que en el último documento estratégico (2016-2018) se hable de la cooperación activa del Fiscal con los Estados para favorecer la persecución de crímenes internacionales o de gran relevancia para comunidad internacional *para los cuales la Corte no tenga competencia material*, pero de los que pueda disponer de ciertos elementos probatorios o capacidad de apoyo, a fin de poner fin al llamado *impunity gap*¹³⁶. Esta evolución muestra el alto grado de autoconsciencia de que la CPI es un agente

¹³¹ OTP Policy Paper on Preliminary Examinations 2013, para 21

¹³² El Zeidy, M, *The principle of complementarity in International Law: origin, development, practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2008, p. 302, traducción propia.

¹³³ OTP Report on the activities performed during the first three years (June 2003 – June 2006), 12 September 2006 The Hague, párr. 58.

¹³⁴ *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, September 2003, p.2

¹³⁵ *Ídem*.

¹³⁶ OTP's Strategic Plan 2016-2018, párr 102: “To be effective in ICC crimes prevention, the relationship with other forms of crimes needs to be mapped and strategies developed to prevent the continuation of the commission of crimes. The Office invites relevant jurisdictions and organisations to take the lead on addressing these other crimes. The Office is willing to contribute, where appropriate and within its mandate and means, by sharing information and evidence in its possession that may be relevant to these

más, aunque privilegiado, en una serie de intervenciones coordinadas por una multiplicidad de agentes a fin de luchar contra los crímenes internacionales.

Esta dimensión del principio supone reconocer que la cooperación entre CPI y agentes externos no puede ser unilateral, sino que tiene que funcionar en ambas direcciones mediante una cooperación profunda y sostenida¹³⁷. En el plan estratégico 2009-2012 se desarrolló sensiblemente el contenido material de esta cooperación: *en primer lugar*, la Fiscalía debe proveer a los órganos judiciales nacionales la información que se encuentre en su posesión, si se lo piden de acuerdo al artículo 93(10)¹³⁸; *en segundo lugar*, debe formar, compartir conocimientos o invitar a participar en la red de *law enforcement agencies* de la Fiscalía a los funcionarios, expertos o abogados de países que tengan una situación que esté siendo conocida por la Corte; *en tercer lugar*, debe transmitir información sobre el trabajo judicial de la Fiscalía a los actores involucrados en mediación política, ya sean de misiones de las Naciones Unidas o de otras misiones especiales; y por último “actuar como catalizador con las organizaciones de ayuda al desarrollo y conferencias de donantes a fin de apoyar los esfuerzos relevantes por una rendición de cuentas efectiva [accountability efforts]”¹³⁹. El siguiente plan estratégico de 2012-2015 introdujo un nuevo aspecto en la concreción material: el apoyo no sólo debe darse en la persecución de crímenes de competencia de la Corte que estén siendo conocidos por ella en los exámenes preliminares, sino también a situaciones fruto de los flujos migratorios de víctimas y verdugos a otros países donde se puedan generar nuevas

interconnected areas of criminality. At the same time, the Office would be interested to explore how it can utilise and exploit existing information or evidence held by other jurisdictions or organisations on these other types of criminality that may be relevant to establishing the criminal liability of alleged perpetrators under the Rome Statute for either the core crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes or with respect to offences against the administration of justice under Article 70”

¹³⁷ OTP *Report on the activities performed during the first three years (June 2003 – June 2006)*, 12 September 2006 The Hague, párr 95

¹³⁸ ER Artículo 93.10. a) A solicitud de un Estado Parte que lleve a cabo una investigación o sustancie un juicio por una conducta que constituya un crimen de la competencia de la Corte o que constituya un crimen grave con arreglo al derecho interno del Estado requirente, la Corte podrá cooperar con él y prestarle asistencia;

b) i) La asistencia prestada de conformidad con el apartado a) podrá comprender, entre otras cosas:

a. La transmisión de declaraciones, documentos u otros elementos de prueba obtenidos en el curso de una investigación o de un proceso sustanciado por la Corte, y

b. El interrogatorio de una persona detenida por orden de la Corte.

ii) En el caso de la asistencia prevista en el apartado b).i).a.):

a. Si los documentos u otros elementos de prueba se hubieren obtenido con la asistencia de un Estado, su transmisión estará subordinada al consentimiento de dicho Estado.

b. Si las declaraciones, los documentos u otros elementos de prueba hubieren sido proporcionados por un testigo o un perito, su transmisión estará subordinada a lo dispuesto en el artículo 68.

c) La Corte podrá, de conformidad con el presente párrafo y en las condiciones enunciadas en él, acceder a una solicitud de asistencia presentada por un Estado que no sea parte en el presente Estatuto.”

¹³⁹ OTP Strategic Plan 2009-2012, párr. 17

redes de criminalidad que no estén siendo directamente investigados por ella¹⁴⁰. Por último, son relevantes los consejos ofrecidos en el último plan a fin de establecer una estrategia coordinada que evite el solapamiento de actividades e incremente la eficacia en la persecución penal: hay que construir una red de conocimiento global, sistemática y centralizada que recoja una colección de experiencias a fin de establecer una serie de estándares internacionalmente comunes de prácticas en la lucha contra los crímenes de competencia de la Corte a lo largo de todo el globo; hay que crear una base de datos criminales abierta a la que puedan acceder las agencias de policía; hay que crear plataformas seguras de intercambio de información confidencial a fin de evitar, por ejemplo, la obtención de testimonios contradictorios por el mismo testigo; y hay que mejorar las tecnologías de conservación de las fuentes de prueba¹⁴¹.

La Asamblea de Estados Partes, en un informe de 2010, entendía que la complementariedad positiva también era un objetivo a cumplir entre los Estados mismos, independientemente de la Corte, basándose en tres pilares: la asistencia legislativa, que incluye la ayuda en la redacción de un marco legislativo apropiado y la ayuda a la hora de conseguir su aprobación; la asistencia técnica y la mejora de la capacidad de los Estados mediante, entre otros, la formación de policías y fiscales, la formación en materia de protección de testigos y víctimas, la formación en materia forense, así como la formación de jueces y de la defensa de los acusados, y la asistencia en el desarrollo de infraestructuras físicas tales como cárceles y juzgados¹⁴².

El caso de la situación en Colombia es paradigmático de un buen aprovechamiento de los exámenes preliminares (abiertos en 2004¹⁴³) para establecer un modelo dialógico¹⁴⁴ de cooperación y vigilancia (no siempre exento de fricciones y tensiones como veremos en el último epígrafe de este capítulo) en el cual la Fiscalía ha elaborado, por ejemplo, diversos informes sobre los crímenes cometidos o ha escrito cartas a las más altas instancias judiciales del país como la Corte Constitucional, por poner unos ejemplos¹⁴⁵.

¹⁴⁰ OTP Strategic Plan 2012-2015, párr. 67.

¹⁴¹ OTP Strategic Plan 2016-2018, párr.104.

¹⁴² ASP Report of the Bureau on stocktaking: Complementarity Taking stock of the principle of complementarity: bridging the impunity gap, Resumed eighth session, New York, 22-25 March 2010, ICC-ASP/8/51, párr. 17.

¹⁴³ Aksenova, M., *op cit*, p.270

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 261

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.271-273

3.3 EL RÉGIMEN DE ADMISIBILIDAD

Ahora bien, el núcleo del principio de complementariedad *desde el punto de vista de la jurisdicción de la Corte* se halla recogido en el artículo 17 que regula la cuestión de admisibilidad y sus parámetros. Este precepto establece cuatro situaciones en las que un asunto, independientemente de cómo se le haya remitido al Fiscal, es inadmisibile y por tanto, a pesar de cumplirse con todas las reglas de competencia del Estatuto, la Corte no podrá ejercer su jurisdicción sobre ellos:

- a) El asunto no supera un *umbral de gravedad* (17(1.d)), del que ya hemos hecho la explicación en el epígrafe sobre la competencia *ratione materiae*,
- b) El asunto está siendo investigado o enjuiciado por un Estado con jurisdicción sobre el mismo (art 17(1.a))
- c) El asunto ya fue objeto de investigación por ese Estado y se decidió no incoar un proceso penal (art.17 (1.b))
- d) El juicio por la cuestión a la que se refiere la denuncia ya se ha producido en ese Estado (art. 17 (1.c)). Estas tres últimas situaciones son las que conforman estrictamente el principio de complementariedad y responden a la voluntad de salvaguardar la soberanía estatal.

Ahora bien, el principio de complementariedad -y su dimensión de vigilancia- establece que no cualquier investigación o enjuiciamiento (incluso con sentencia firme) es suficiente para inadmitir el caso y que, cuando se da uno de los dos supuestos siguientes, la CPI tiene el derecho y el deber de intervenir para hacerse cargo del asunto: 1) cuando no haya disposición a actuar (investigar o enjuiciar) (*unwillingness*), o 2) cuando no haya capacidad real de actuar (*unability*). El propio Estatuto establece criterios determinativos para ambas situaciones.

Para determinar *la falta de voluntad* se establecen tres criterios, todos ellos debiendo ser examinados a la luz de “los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por derecho internacional”:

1) La finalidad de las actuaciones es “sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte según lo dispuesto en el artículo 5” (artículos 17(2.a) y 20(3.a));

2) La existencia de una “demora injustificada (...) incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” (art 17(2.b)).

3) El proceso no se sustancia o no ha sido sustanciado con independencia e imparcialidad o de forma que es “incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” (artículo 17(2.c), 20(3.b))

A su vez, la Corte, al examinar estos tres criterios, podrá tener en cuenta la información que el Estado “ponga en su conocimiento mostrando que sus tribunales reúnen las normas y estándares internacionales reconocidos para el enjuiciamiento independiente e imparcial de una conducta similar o que el Estado ha confirmado por escrito al Fiscal que el caso se está investigando o ha dado lugar a un enjuiciamiento¹⁴⁶”.

Los criterios para determinar *la falta de capacidad* son: a) la imposibilidad de hacer comparecer al acusado ante los tribunales domésticos, b) la indisponibilidad de pruebas o testimonios necesarios ante los tribunales domésticos, o c) la imposibilidad, por otras razones, de llevar a cabo el juicio en condiciones, siempre y cuando cualesquiera de estos supuestos sea *consecuencia* del “colapso total o sustancial” de la administración de justicia doméstica, o consecuencia de la ausencia de esta (artículo 17(3)).

No obstante, la Sala de Apelaciones ha sostenido que el artículo 17 implica un análisis en dos fases: en primer lugar, habrá que determinar si existe una investigación o un juicio en marcha sobre el asunto¹⁴⁷, y luego ya podremos examinar los otros criterios que acabamos de exponer. De este modo, la Sala de Apelaciones ha entendido que, en caso de inacción por parte del Estado, la pregunta sobre la falta de voluntad o la falta de capacidad no ha lugar, y el caso es admisible¹⁴⁸. A su vez, la admisibilidad del asunto depende de los

¹⁴⁶ Regla 51, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

¹⁴⁷ Judgment on the appeal of Côte d’Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled “Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo, ICC-02/11-01/12 OA, párr.27.

¹⁴⁸ *Ibidem*, párr. 30.

hechos y circunstancias existentes *en el momento de impugnar la admisibilidad* ante la Sala de Cuestiones Preliminares, siendo no obstante posible que un asunto considerado admisible se convierta en inadmisibile en el futuro si hay un cambio en las actividades de la jurisdicción nacional¹⁴⁹.

Pero ¿qué entendemos por *asunto*? La Sala de Apelaciones, en el caso *Ruto*, ha entendido que “no se trata únicamente de una cuestión de “investigación” en abstracto, sino de si *el mismo asunto* está siendo objeto de investigación por parte de la Corte y una jurisdicción nacional¹⁵⁰”. Pero la definición de lo que constituye un *mismo asunto* dependerá del contexto y la fase procesal en la que nos hallemos: en las fases iniciales (a efectos del inicio de la investigación del artículo 15, el examen preliminar del artículo 53.1, o de las decisiones preliminares de admisibilidad del artículo 18) la estructura del asunto será relativamente vaga, previsiblemente todavía no se habrá individualizado la conducta en un sospechoso, no se habrán establecido con claridad los hechos o la calificación jurídica de los mismos¹⁵¹ y, por lo tanto, el concepto de asunto será equivalente al de *situación*, dando manga ancha a la Corte para que conozca del mismo.

Ahora bien, una vez iniciada la investigación, el asunto queda definido por la orden de detención o de comparecencia o por los cargos presentados por el Fiscal y confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares: en ese caso, “para que una causa sea inadmisibile con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 17 del Estatuto, *la investigación nacional debe comprender a la misma persona y a una conducta sustancialmente igual a las que son objeto del procedimiento ante la Corte*”¹⁵². De este modo, el primer criterio a tener en cuenta para determinar si el asunto es admisible o no es el criterio *misma persona / misma (sustancialmente) conducta*. La Sala de Apelaciones, en la misma sentencia, definió *investigación* como “la aplicación de medidas dirigidas a determinar si *esos sospechosos* son responsables de esa conducta, por ejemplo, entrevistando a testigos o sospechosos, recogiendo pruebas documentales o llevando a cabo análisis forenses. No [siendo] suficiente que simplemente se esté preparado para

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 32

¹⁵⁰ Sentencia relativa a la apelación de la República de Kenya contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 30 de mayo de 2011 titulada “Decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto”, ICC-01/09-01/11 OA, párr. 37

¹⁵¹ *Ibidem*, párr. 39.

¹⁵² *Ibidem*, párr. 40. Subrayado nuestro.

aplicar tales medidas o se esté investigando a *otros* sospechosos”¹⁵³. A su vez, estableció que la carga de la prueba de que el que caso es *inadmisibile* ante la Corte recae sobre el Estado que impugna la jurisdicción y que “para liberarse de dicha carga, el Estado debe proporcionar a la Corte pruebas que tengan un grado de especificidad y valor probatorio suficiente para demostrar que realmente está investigando el caso. No bastando simplemente con afirmar que hay investigaciones en curso.”¹⁵⁴ Ahora bien, *¿qué es una conducta sustancialmente igual?* En el caso *Ruto*, esta cuestión no era problemática y por lo tanto la Sala de Apelaciones no desarrolló un concepto más definido. En cambio, en el caso *Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, la Sala de Apelaciones, especificando que no se puede establecer una regla sólida y rápida [hard and fast rule] sobre esta materia, sino que habrá que atenerse a los hechos específicos de cada caso¹⁵⁵, se aventura a dar ciertos criterios: 1) el grado de solapamiento entre los incidentes investigados por las jurisdicciones nacionales y por la CPI: a mayor solapamiento, mayor fundamento para la inadmisibilidad¹⁵⁶; y, 2) la investigación de sólo algunos aspectos discretos dentro de un asunto más amplio no constituye, por lo general, la investigación de sustancialmente las mismas conductas¹⁵⁷.

Es reseñable el voto disidente de la magistrada Anita Usacka a esta última sentencia¹⁵⁸. En él se formula una crítica general al *same person/ (substantially) the same conduct test* dado que iría en contra del sentido general del párrafo décimo del preámbulo y el artículo 1 del Estatuto, es decir, del principio de complementariedad¹⁵⁹, llegando a considerar que “si el test es aplicado en orden a comparar un asunto ante la Corte con un asunto doméstico, la Corte llegará a resultados absurdos y erróneos, que potencialmente minaran el principio de complementariedad y amenazarán la integridad de la Corte”¹⁶⁰. La magistrada entiende que establecer un criterio tan rígido obligaría a las jurisdicciones nacionales a *copiar* el asunto tal y como está definido ante la Corte. Luego, una primera consecuencia sería que “la relación entre la Corte y los Estados será una de competición [y no de complementariedad], exigiendo a los Estados hacer lo máximo posible para

¹⁵³ *Ibidem*, párr. 41

¹⁵⁴ *Ibidem*, párr. 62

¹⁵⁵ *Judgment on the Appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11 OA 4, para 71.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párr. 72.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párr. 77

¹⁵⁸ Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka, ICC-01/11-01/11 OA 4

¹⁵⁹ *Ibidem*, párr. 47

¹⁶⁰ *Ibidem*, párr. 48

cumplir con las exigencias de la Corte¹⁶¹”. A su vez, supone una intromisión ilegítima en la soberanía estatal dado que transforma a la Corte en un órgano de supervisión no sólo de los pasos de la investigación y enjuiciamiento, sino también del derecho penal sustantivo y procesal del Estado y su relación con los crímenes del Estatuto¹⁶². La magistrada entiende que, en vez de utilizar un criterio tan rígido, debería entenderse que el concepto de conducta no debe “cubrir los mismos elementos materiales y mentales que los crímenes ante la Corte ni tampoco incluir los mismos actos atribuidos a un individuo bajo sospecha¹⁶³”. Asimismo, considera injusto y contrario al principio de complementariedad que la carga de la prueba de que se cumplen los requisitos de inadmisibilidad recaiga *únicamente* sobre los Estados¹⁶⁴. Finalmente, saca a la luz la dimensión positiva de la complementariedad para argumentar en contra de dicho test: los Estados pueden atravesar dificultades a la hora de investigar y enjuiciar los crímenes de competencia de la CPI, pero “la Corte, junto con otras organizaciones internacionales y otros Estados, se encuentra en una posición ideal para asistir activamente a las autoridades domésticas a la hora de conducir dicho procedimientos, ya sea compartiendo los materiales e informaciones recogidos o los conocimientos y la pericia sobre el asunto”¹⁶⁵.

Por último, es necesario resaltar que estos criterios de admisibilidad han de ser tenidos en cuenta por el Fiscal tanto en los exámenes preliminares a la hora de decidir si abre o no una investigación (artículo 53(1.b)), como al final de las investigaciones para ejercitar la acción penal (artículo 53(2.b)). La explicación del tratamiento procesal de la admisibilidad por la Corte se hará en el capítulo siguiente.

¹⁶¹ *Ibidem*, párr. 52

¹⁶² *Ibidem*, párr. 53

¹⁶³ *Ibidem*, párr. 58

¹⁶⁴ *Ibidem*, párr. 61

¹⁶⁵ *Ibidem*, párr. 65

3.4 A MODO DE CONCLUSIÓN: SOCIEDADES FRÁGILES, DESTRUCCIÓN DEL CONTRATO SOCIAL Y JUSTICIA TRANSICIONAL. REEVALUANDO LOS PUNTOS CIEGOS DE LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD.

El fin supremo por el que se establece la CPI, tal y como ya explicamos, es poner fin a la impunidad y contribuir a la prevención de futuras comisiones de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Los crímenes tipificados en el artículo 5 y siguientes son de tal entidad que pueden suponer una afrenta directa a los lazos sociales y humanos de una comunidad, quebrando sobremanera la confianza en el prójimo o en el compatriota generando situaciones de transición muy complejas, difíciles y costosas. En este sentido, la justicia criminal no sólo tendría las dos funciones reconocidas de prevención y castigo¹⁶⁶, sino también, en opinión de Paul Seils, la de “*restaurar la confianza en un sistema roto*”¹⁶⁷. La CPI y, en particular, el Fiscal deben tener la sensibilidad adecuada para comprender los ritmos y las estrategias diferentes que cada sociedad posee a nivel nacional para llevar a cabo transiciones adecuadas y exitosas antes de considerar admisible un caso alegando inactividad, falta de voluntad o falta de capacidad.

La manera en la que se ha articulado jurídicamente el principio de complementariedad, que tiene como objetivo primordial poner a funcionar a las jurisdicciones nacionales, deja abierta la posibilidad al surgimiento de muchos problemas prácticos en sociedades frágiles. Gerhard Werle se hace las siguientes preguntas al respecto:

“En su aplicación práctica, el principio de complementariedad plantea preguntas difíciles de responder: ¿Bajo qué condiciones es admisible sustancia un procedimiento ante la CPI cuando los hechos de que se trata están abiertos, por

¹⁶⁶ La Sala de Primera Instancia en la “*Décision Relative à la Peine (art.76 du Statut), Katanga, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/07-3484, TC II, ICC, 23 Mai 2014, para 38*” explicita el sentido de los fines de la pena y vincula el castigo con la expresión de la reprobación social que envuelve al acto criminal: [traducción propia] “La pena tiene dos funciones importantes: por una parte el castigo, es decir, la expresión de la reprobación social que envuelve al acto criminal y a su autor y que también es una forma de reconocer los perjuicios y sufrimientos causados a las víctimas; y la disuasión por otra parte cuyo objetivo es disuadir a eventuales candidatos de que se lleven a cabo proyectos futuros para perpetrar crímenes similares”.

¹⁶⁷ Seils, P., “Putting Complementarity in its Place, Stahn C. *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press; 2015, p. 306.

una amnistía, por ejemplo, en el Estado donde se ha cometido el delito? ¿Qué corresponde hacer si el procedimiento penal seguido a nivel doméstico viola estándares de Derechos Humanos? ¿Está llamada la CPI a vigilar que los Estados respeten los principios elementales de un debido proceso, es decir, es la Corte una especie de “tribunal de Derechos Humanos?”¹⁶⁸

Por falta de consenso entre los plenipotenciarios en la Conferencia de Roma, el Estatuto dejó sin resolver la relación entre la persecución penal y las situaciones en las que se declara una amnistía o se establecen Comisiones de Verdad¹⁶⁹, dejando así abierta la puerta a conflictos que pueden minar la reputación local e internacional de la Corte y provocar la paulatina denuncia del Estatuto de Roma por un mayor número de Estados. A su vez, el régimen de admisibilidad del artículo 17 exige que no haya retrasos injustificados en la persecución penal, llevando a Seils a preguntarse

“¿cómo hemos de entender la idea de retraso justificado en una sociedad frágil?, ¿Hay que dar un tiempo para que la sociedad civil y las instituciones de justicia se desarrollen de modo que existan mayores oportunidades de desarrollar procesos nacionales significativos, o debería la CPI proceder a investigar un puñado de casos sin tener en cuenta el impacto social y la estabilidad política o los costes de oportunidad para esa sociedad en tratar de crear instituciones genuinamente responsables [accountable]?”¹⁷⁰

En definitiva, ¿cómo conjugar la justicia retributiva, la lucha contra la impunidad - principios fundamentales en la actuación de la CPI- con la prioridad dada por el principio de complementariedad a la persecución por parte de las jurisdicciones nacionales y las posibles jurisdicciones especiales o métodos alternativos de resolución de conflictos de los que una nación decida dotarse para construir un futuro común más sólido o esperanzador? En determinados casos, la estrategia adoptada por un país puede estar orientada a un sistema de reparación y verdad, incluyendo la posibilidad de ofrecer indultos a cambio de confesiones, como en el caso sudafricano, más que a un sistema de castigo bajo los parámetros normalmente exigidos por una jurisdicción ordinaria doméstica o los estándares de la CPI.

¹⁶⁸ Werle G, Cárdenas Aravena C, Geneuss J, Gutiérrez Rodríguez M, Jessberger F, *op.cit.*, pp. 200-201

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.176

¹⁷⁰ Seils, P., *op cit*, p.315

El caso colombiano al que ya hemos hecho referencia ilustra adecuadamente la tensión que existe entre, por una parte, las exigencias del principio de complementariedad (con la complementariedad positiva y el apoyo proactivo del Fiscal a las jurisdicciones nacionales y el monitoreo constante para asegurarse que no va a existir impunidad, solicitando iniciar las investigaciones si no se cumple con el test de inadmisibilidad) y por otra, las necesidades locales de reparación y transición. En efecto, el énfasis del modelo adoptado en Colombia está centrado en la averiguación de la verdad en todos sus detalles, en la creación de mecanismos de reparación para las víctimas y en el establecimiento de garantías para que episodios similares de violencia entre guerrilleros de las FARC, paramilitares y ejército, que afectaron a un grandísimo número de civiles, no se vuelvan a producir¹⁷¹. Obviamente, la justicia retributiva y el castigo no desaparecen, pero se ven claramente limitados por la implantación de una prelación de casos, la aprobación de amnistías o la conmutación de sentencias y la adopción de métodos alternativos de penalidad¹⁷². En este contexto, la Fiscalía de la CPI ha mostrado su preocupación en varias ocasiones acerca del sistema adoptado en Colombia: por ejemplo, el 26 de julio y el 7 de agosto de 2013, la Fiscal Jefe Fatou Bensouda envió dos cartas a la Corte Constitucional de Colombia, criticando, en la primera, la posibilidad de que se suspenda la ejecución de sentencias por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio, alertando de que ello podría invalidar la autenticidad de los procesos domésticos, haciendo el caso admisible ante la Corte; y criticando, en la segunda, el sistema de priorización y prelación de casos¹⁷³. Posteriormente, en 2015 el Fiscal Adjunto de la CPI, James Stewart, clarificó que el método alternativo de sentencias era compatible con el Estatuto de Roma. No obstante, insistió en que no así la suspensión o conmutación de sentencias ya que no suponían un ‘castigo efectivo’¹⁷⁴. En una reciente comunicación en la Cámara de Comercio de Bogotá el 1 de noviembre de 2018, James Stewart añadía otra batería de preocupaciones y exponía el corazón de la tensión inherente a la articulación jurídica de la complementariedad y los objetivos de la CPI: en primer lugar insistía en que “no debe haber restricciones artificiales a la minuciosidad de las investigaciones”, criticando la exclusión de determinados objetivos investigativos por el artículo 11 de las Reglas de Procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

¹⁷¹ Aksanova, M., *op.cit.* p.274

¹⁷² *Ibidem*, p.275

¹⁷³ *Ibidem*, p.271.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp.278-279

como por ejemplo el establecimiento de la estructura y el funcionamiento de la organización criminal¹⁷⁵, y, en segundo lugar, criticaba el “establecimiento de una sección y un procedimiento separado para las fuerzas militares” paralelos a la JEP, por el posible carácter beneficioso o incluso parcial de dicha sección¹⁷⁶. En la conclusión de su comunicación indicó lo siguiente:

“El marco jurídico internacional creado por el Estatuto de Roma enfatiza la importancia capital de poner fin a la impunidad de los perpetradores de los crímenes más graves. Este marco no puede suspenderse o ignorarse por consideraciones de oportunidad.

No obstante, este mismo marco otorga flexibilidad a los Estados que buscan impartir justicia en situaciones post-conflicto. Las medidas de justicia transicional pueden, y deben, estar en conformidad con los objetivos del Estatuto de Roma. La Fiscal tiene un mandato legal que los Estados Partes le han conferido, y debe hacer todo lo que esté a su alcance por cumplirlo. Debe honrar sus obligaciones con arreglo al Estatuto de Roma, así como Colombia debe también cumplir sus responsabilidades como Estado Parte.¹⁷⁷”

Consciente de las dificultades prácticas que esta tensión podía acarrear con respecto a las amnistías, el Panel de Expertos ya propuso una serie de pautas en su Informe de 2003, de las que podemos destacar las siguientes: partiendo de la base de que sus recomendaciones no son criterios absolutos sino que el Fiscal deberá ir obteniendo experiencia a lo largo del tiempo dado lo delicadas y complejas que son esas situaciones de transición, y que se habrá de atener fundamentalmente al detalle de la situación concreta y de los diversos contextos políticos, jurídicos y culturales¹⁷⁸, los expertos indican que:

1) hay que priorizar el análisis de las amnistías de la “Personas Más Responsables” (PMR) e insistir en su persecución y castigo, debiendo ser más tolerante con la amnistía de criminales de menor relevancia;

¹⁷⁵ Stewart, J, *Complementariedad: una introducción al papel de los tribunales nacionales y la CPI en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1 de noviembre de 2018, párr. 55

¹⁷⁶ *Ibidem*, párr. 55

¹⁷⁷ *Ibidem*, párr. 68-69.

¹⁷⁸ *Informal Expert Paper, Complementarity in practice*, 2003 párr. 74

2) el Fiscal debe tener en cuenta el posible apoyo del proceso local por parte de la comunidad internacional y en particular del Consejo de Seguridad y abstenerse de investigar en virtud de la ‘falta de interés para la justicia’ del artículo 53;

3) el Fiscal debe tener en cuenta si la indulgencia de las sentencias ha sido adoptada por los criminales mismos para blindarse o ha sido una decisión tomada democráticamente y que ha implicado la participación de diversos actores de la sociedad civil;

4) el Fiscal debe averiguar si esas amnistías o sentencias más indulgentes redundan en beneficio de la justicia o suponen una exoneración total por la cual nadie es castigado.

Y, por último, 5) hay que formular la siguiente batería de preguntas para verificar la calidad del proceso transicional¹⁷⁹: ¿Es compatible con las obligaciones internacionales de hacer comparecer a los verdugos ante la justicia? ¿Hay una investigación plena y efectiva de los hechos? ¿Es la comisión o el cuerpo especial independiente e imparcial? ¿Está la comisión equipada con los recursos adecuados y las prerrogativas necesarias para llevar a buen término su mandato? ¿Las víctimas sienten que se está haciendo justicia a lo largo del proceso? ¿Es el proceso una forma de blindar a los verdugos?

Con todo, dejo estas consideraciones abiertas para futuras discusiones, pero el problema está ahí: la realidad es cualitativamente compleja y existe un riesgo de que la CPI se convierta en el escenario de *Show Trials* que pasen como una apisonadora, a pesar de ser un ente muy distante tanto geográfica como simbólicamente de la vida cotidiana de las víctimas. ¿No es preferible, y no va más en consonancia con la complementariedad, dejar que sean los propios pueblos los que, desde abajo, y con pleno conocimiento de sus necesidades y realidades, lleven a cabo la labor de castigo acorde con sus necesidades de transición?

¹⁷⁹ *Ibidem*, párr. 73.

CAPÍTULO 4: MODOS DE IMPUGNAR, SUSPENDER O EXCLUIR LA COMPETENCIA Y LA ADMISIBILIDAD DE UN ASUNTO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

4.1 DECISIONES PRELIMINARES RELATIVAS A LA ADMISIBILIDAD. EL ARTÍCULO 18 COMO SISTEMA DE RECUPERACIÓN TEMPRANA DE LA JURISDICCIÓN POR PARTE DE LOS ESTADOS.

El Estatuto de Roma prevé en su artículo 18 un sistema mediante el cual los Estados “*que ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate*” (art. 18(1)) pueden solicitar la inhibición del Fiscal, evitando cualquier investigación ulterior por parte de la CPI, recuperando tempranamente la jurisdicción y su soberanía, sin necesidad de impugnar la admisibilidad o la competencia de la Corte. Este mecanismo articula la necesidad de cumplir de buena fe el principio de complementariedad por parte de la Corte obligando al Fiscal a notificar a dichos Estados el inicio de una investigación e involucrando muy tempranamente a los magistrados de la Sala de Cuestiones Preliminares¹⁸⁰.

En opinión de Daniel D. Ntanda Nsereko¹⁸¹, son cuatro los objetivos perseguidos por este artículo: *en primer lugar*, subraya el deber y el derecho de los Estados miembros de investigar y perseguir los crímenes de la jurisdicción de la Corte con preferencia, esto es, el llamado “*Right to act first*”. *En segundo lugar*, permite a los Estados afirmar su jurisdicción incluso antes de que el Fiscal pueda identificar un sospechoso individual o determinar concretamente la conducta perseguible y su calificación legal. *En tercer lugar*, al obligar al Fiscal a rendir cuentas ante una autoridad superior, se tranquiliza a los Estados temerosos de que su soberanía nacional se pueda ver en peligro por un ‘átomo libre’ con una agenda política oculta bajo el brazo. En efecto, como veremos a

¹⁸⁰ Daniel D. Ntanda Nsereko señala que este mecanismo es sumamente novedoso tanto a nivel internacional como a nivel nacional. Normalmente no se involucran a los magistrados en estadios tan tempranos de un proceso penal. Las investigaciones suelen seguir su curso al margen de los magistrados hasta que tomen cuerpo o se tengan que adoptar medidas cautelares o medidas de investigación coercitivas o que limiten derechos fundamentales de los investigados. Ntanda Nsereko, D., “Article 18: Preliminary Rulings regarding Admissibility” Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016, p. 838

¹⁸¹ *Ibidem*, pp.836-837

continuación, en el procedimiento puede verse involucrada la Sala de Cuestiones Preliminares, compuesta por jueces independientes (artículo 40) procedentes de diversos lugares y tradiciones jurídicas del mundo. *Por último*, libra al Fiscal de cualquier acusación de parcialidad a favor de algún agente involucrado o tercer Estado. Es importante dado que cualquier Estado miembro puede remitir una situación para la cual la Corte sea competente.

El *procedimiento* es el siguiente: cuando se remita una *situación* al Fiscal por parte de un Estado Parte y aquél entienda que hay “fundamentos razonables” para iniciar una investigación, o cuando sea el propio Fiscal el que *motu proprio* decida iniciar una investigación, éste tiene la *obligación* de notificar el inicio de ésta al conjunto de Estados Partes y “a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate” (art. 18(1)), a fin de que, en el plazo de un mes desde la recepción de la notificación, puedan informar a la Corte de que se están llevando o se han llevado a cabo investigaciones “en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales (...) a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados” (art.18(2)) y *solicitar que el Fiscal se inhiba de su competencia para conocer de la situación en favor del Estado solicitante*.

Esta obligación de notificación -y, por tanto, el derecho ulterior de petición de inhibición- *no* alcanza a los casos en el que la competencia se activa por remisión del CSNU en virtud del artículo 13(b). Si bien los motivos de esta limitación no están del todo claros, existe un argumento de peso para legitimar dicha exclusión¹⁸²: el Consejo de Seguridad tiene primacía en todas las materias relativas a la paz y seguridad mundial, entre ellas los procedimientos judiciales que tengan como objetivo esos fines, y sus decisiones son vinculantes para todos los Estados. Por tanto, no existe la necesidad de supervisión de una autoridad superior a la del Fiscal para legitimar las actuaciones de este, sin perjuicio de que el Fiscal pueda decidir ulteriormente no dar curso a la investigación si no hay indicios razonables para ello. Aquí el principio de complementariedad y el respeto a la soberanía nacional se resquebrajan, siendo una prueba más del gran peso que el Estatuto otorga al CSNU en la constitución de una Corte “fuerte” aunque independiente.

¹⁸² *Ibidem*, p.837

La *notificación* deberá contener información pertinente sobre los actos que puedan constituir los crímenes de competencia de la Corte a los efectos de poder solicitar la inhibición. El Estado podrá solicitar información adicional al Fiscal que le sirva para presentar la petición de inhibición sin por ello modificar el plazo de un mes previsto en el párrafo 2 del artículo 18, debiendo ser otorgada “de manera expedita por el Fiscal”¹⁸³. La *petición de inhibición*, por su parte, se hará por escrito y aportará la información relativa a la investigación a que se esté procediendo. A su vez, el Fiscal podrá recabar de ese Estado información adicional para esa primera petición, sin perjuicio de lo que expondremos a continuación¹⁸⁴.

Ahora bien, en este mecanismo también se expresa la paradoja constitutiva del principio de complementariedad: se establecen mecanismos *pro jurisdicción de la Corte* que sirven de contrapeso frente a la facultad de los Estados de solicitar la inhibición temprana.

- *Con respecto a la notificación*, el Fiscal podrá remitirla a esos Estados con *carácter confidencial* y, “cuando lo considere necesario a fin de proteger personas, impedir la destrucción de pruebas o impedir la fuga de personas, *podrá limitar el alcance de la información proporcionada a los Estados*” (art. 18(1)). El principio de complementariedad positiva obliga, no obstante, al Fiscal a actuar de buena fe y con una verdadera función tuitiva y cautelar en la ocultación de información, y no con visos a evitar que el Estado Parte pueda ejercer su jurisdicción o sepa exactamente qué está investigando la Corte.
- *El Fiscal tiene la capacidad de solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares que autorice su investigación a pesar de la petición de inhibición* (art. 18(2)). Aquí es donde entra en juego una autoridad superior, la Sala, que deberá decidir si autoriza o no al Fiscal a llevar a cabo la investigación o no. El Fiscal deberá presentar la petición por escrito, indicando los fundamentos de esta y comunicando a la Sala la información suministrada por el Estado. A su vez, informará al Estado de la petición de autorización incluyendo un resumen de los fundamentos¹⁸⁵. La Sala decidirá el procedimiento a seguir para sustanciar las actuaciones, pudiendo celebrarse una vista. Los motivos por los que fundamentar la autorización son los

¹⁸³ Regla 52, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

¹⁸⁴ Regla 53, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

¹⁸⁵ Regla 54, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

mismos que los del artículo 17, es decir, *la falta de disposición de un Estado a actuar y/o la falta de capacidad de actuar* en el caso concreto. Lo que la Sala decida y sus fundamentos deberán ser comunicados lo antes posible al Fiscal y al Estado que pidió la inhibición¹⁸⁶.

- *Si el Fiscal decidió inhibirse, todavía posee dos facultades:* a) revisar su inhibición al cabo de seis meses desde la fecha de la misma, “o cuando se haya producido un cambio significativo de circunstancias en vista de que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo” (art. 18(3)), y solicitar la autorización expuesta en el párrafo anterior¹⁸⁷; y, b) pedir al Estado información periódica de la marcha de sus investigaciones y del juicio ulterior, teniendo éstos que responder sin dilaciones indebidas (art. 18(5)). El Fiscal deberá transmitir a la Sala de Cuestiones Preliminares dicha información nueva¹⁸⁸.
- *Mientras la decisión de la Sala sobre la autorización esté pendiente, o el Fiscal se haya inhibido,* el Fiscal podrá “pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares, con carácter excepcional, que le autorice a llevar adelante las indagaciones que estime necesarias cuando exista una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista un riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles ulteriormente” (art. 18.6). Es importante subrayar el carácter excepcional del mismo, siendo esta solicitud distinta de la solicitud de autorización por la cual el Fiscal ‘recupera’ la competencia de la CPI sobre la situación y los crímenes allí cometidos. Aquí tiene que existir un *periculum in mora* de pérdida de elementos probatorios de gran importancia. “La petición será examinada ex parte y a puerta cerrada [y] la Sala de Cuestiones Preliminares se pronunciará en forma expedita respecto de la petición¹⁸⁹”.

Frente a la decisión favorable de autorizar la investigación, el Estado solicitante de la inhibición puede interponer un recurso de apelación que se sustanciará ante la Sala de Apelaciones, pudiendo hacerse de forma sumaria (art. 18(4)). La presentación del recurso puede tener efectos suspensivos, si se solicita a instancia de parte (art. 82(3), Regla 156(5)) y si “la implementación de la decisión impugnada podría crear una situación

¹⁸⁶ Regla 55, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

¹⁸⁷ Regla 56(1), Reglas del Procedimiento y Prueba CPI.

¹⁸⁸ Regla 56(2), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

¹⁸⁹ Regla 57. Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

irreversible que no puede ser corregida, incluso si la Sala de Apelaciones acabase eventualmente fallando a favor del apelante.¹⁹⁰ Por último, el artículo 18(7) establece que el Estado apelante, aun habiéndosele desestimado el recurso, podrá impugnar la admisibilidad del *asunto* -ya no la situación-, siguiendo el procedimiento regulado en el artículo 19 que comentaremos a continuación. Por tanto, a pesar de las poderosas armas otorgadas al Fiscal en estos posibles conflictos de competencia, los Estados tienen instrumentos para oponerse *ad intra* (recurso de apelación) y *ad extra* (impugnación de la admisibilidad *ex* artículo 19) y tratar de recuperar su competencia.

4.2 LA IMPUGNACIÓN DE LA COMPETENCIA Y LA IMPUGNACIÓN DE LA ADMISIBILIDAD DE LA CAUSA (ARTÍCULO 19).

El artículo 19 regula dos formas de poner fin a la actuación de la Corte Penal Internacional sobre una causa: la impugnación de la competencia y la impugnación de la admisibilidad. Si bien ambas tienen un régimen jurídico común en aspectos tales como la legitimación activa, cada impugnación presenta especialidades de modo que explicaremos en primer lugar el régimen jurídico común para luego reconstruir las particularidades procesales de cada impugnación.

Es importante resaltar antes de nada que el ámbito de aplicación de este artículo abarca también, a diferencia del artículo anterior, las situaciones referidas por el CSNU en virtud del artículo 13(b)¹⁹¹. Otra diferencia fundamental es que este artículo habilita la impugnación no sólo de la admisibilidad sino de la competencia, pero que lo hace para un momento más tardío que el inicio de la investigación. Es más, lo que puede ser impugnado son *causas*¹⁹² y no situaciones (salvaguardando lo que se dirá con respecto a la petición del Fiscal). La Sala de Cuestiones Preliminares ha distinguido ambos conceptos de la siguiente manera: mientras que las situaciones se definen en términos temporales y territoriales por regla general, incluyendo a veces parámetros personales e implican que hay que determinar si esa situación debe ser objeto de una investigación criminal, las causas “comprenden incidentes específicos durante los cuales uno o más crímenes de competencia de la Corte parecen haberse cometido por uno o varios

¹⁹⁰ Decision on the request of Mr. Thomas Lubanga Dyilo for suspensive effect of his appeal against the oral decision of Trial Chamber I of 18 January 2008, ICC-01/04-01/06 OA 11 Date: 22 April 2008, párr. 8

¹⁹¹ El Zeidy, M, *op cit*, p.247

¹⁹² Artículos 19(1) y 19(2) ER

sospechosos identificados, implicando procedimientos que han lugar tras emitir una orden de arresto o comparecencia¹⁹³”. Por último, una diferencia fundamental con el artículo anterior es la amplia *legitimación activa* para impugnar tanto la competencia como la admisibilidad.

-Régimen jurídico común.

Los requisitos subjetivos (legitimación activa y órganos ante los que sustanciar la impugnación) son comunes a ambas impugnaciones. Están *legitimados activamente* para impugnar la competencia y la admisibilidad:

- a) La Corte *de oficio* (artículo 19(1)). Es la llamada ‘compétence de la compétence’, la capacidad de todo tribunal internacional de apreciar por sí mismo si tiene jurisdicción sobre una causa que esté conociendo, o no¹⁹⁴. Ahora bien, mientras que con respecto a la competencia tiene *una obligación de cerciorarse de que es competente*, con respecto a la admisibilidad del caso la Corte tiene una *facultad*. La Sala de Cuestiones Preliminares estableció como criterio para determinar cuándo hacer uso de esa facultad atenerse a las siguientes circunstancias del caso: que exista una jurisprudencia consolidada sobre el asunto, la manifiesta inadmisibilidad de la causa basada en hecho incontestados, o cualquier causa ostensible que impela a ejercitar esa revisión de oficio¹⁹⁵.
- b) “*El acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia con arreglo al artículo 58*” (artículo 19(2.a))
- c) “*Un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes*”. (artículo 19(2.b)) La competencia sobre la causa puede basarse en cualquiera de los principios habituales: principio de

¹⁹³ *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-101-tENG-Corr, Decision on the Application for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, Pre-Trial Chamber I, 17 Jan. 2006, párr. 65, citado en Hall, C.K., Ntanda Nsereko, D., Ventura, M.J., “Article 19, Challenges to the jurisdiction or the admissibility of the case”, Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016, p.853

¹⁹⁴ Hall, C.K., Ntanda Nsereko, D., Ventura, M.J., “Article 19, Challenges to the jurisdiction or the admissibility of the case”, Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016, p.852

¹⁹⁵ *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/05-169, Judgment on the Prosecutor’s Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58’, Appeals Chamber, 13 Jul. 2006, párr. 52

territorialidad, principio de nacionalidad activa, principio de nacionalidad pasiva, principio de protección o principio de jurisdicción universal¹⁹⁶. En virtud de lo dicho anteriormente sobre el principio de complementariedad y del tenor literal del precepto hay que entender que *cualquier* Estado (no sólo los Estados Partes) puede impugnar la competencia o la admisibilidad si está conociendo, enjuiciando o ya ha enjuiciado la causa¹⁹⁷.

- d) “*Un Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12*” (artículo 19(2.c)). Es decir, un Estado, que, aunque no esté conociendo, enjuiciando o haya enjuiciado la causa, debería haber aceptado la competencia de la Corte mediante la ratificación del Estatuto de Roma, o una declaración *ad hoc* en virtud del artículo 12(3) para que la Corte tuviese competencia sobre la causa. Obviamente, en situaciones referidas por el CSNU en virtud del artículo 13(b) no hace falta ninguna de estas dos formas de aceptación para que la Corte sea competente¹⁹⁸.
- e) Por último, *a instancia del Fiscal* (artículo 19(3)). Dos comentarios acerca de esta petición, que diferencian al régimen establecido para el Fiscal del establecido para los supuestos del 19(2): 1) el Fiscal puede presentar cuantas cuestiones como desee en términos cuantitativos, en el momento que desee y sobre la totalidad del asunto o simplemente sobre elementos individuales¹⁹⁹. 2) En principio, dado la omisión de la palabra “causa” en el precepto, el Fiscal podría pedir a la Corte que se pronuncie sobre la competencia o la admisibilidad de una situación²⁰⁰. No obstante, esta interpretación no es universalmente aceptada, aunque en la práctica el Fiscal no se ha acogido nunca a esta modalidad.

La Sala ante la que se tiene que interponer la impugnación y que conocerá acerca de ésta depende de si se han confirmado los cargos contra el acusado o no. En caso *negativo*, será la Sala de Cuestiones Preliminares la competente; en caso *afirmativo*, será la Sala de Primera Instancia (artículo 19(6)). En caso de que se hayan confirmado los cargos pero no se haya constituido la Sala de Primera Instancia todavía, la impugnación

¹⁹⁶ Hall, C.K., Ntanda Nsereko, D., Ventura, M.J, *op.cit*, p.869

¹⁹⁷ *Ídem*.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p.870

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 874

²⁰⁰ *Ibidem*, p.875

“habrá de dirigirse a la Presidencia que la remitirá a la Sala de Primera Instancia en cuanto ésta haya sido constituida o designada”²⁰¹

La petición deberá ser presentada en un escrito en el que se incluyan los fundamentos de la impugnación²⁰². Una vez presentado ante el órgano correspondiente, éste (incluido cuando actúa de oficio), “decidirá qué procedimiento se habrá de seguir y podrá adoptar las medidas que correspondan para la debida sustanciación de las actuaciones. La Sala podrá celebrar una audiencia. Podrá aplazar la consideración de la impugnación o la cuestión hasta las actuaciones de confirmación de los cargos o hasta el juicio, siempre que ello no cause una demora indebida, y, en tal caso, deberá en primer lugar considerar la impugnación o la cuestión y adoptar una decisión al respecto”²⁰³. A su vez, transmitirá dicha petición al Fiscal (si no ha sido presentada por él) y al acusado o investigado a disposición de la Corte²⁰⁴, e informará de la petición, resumiendo las causales por las que se impugna la competencia o la admisibilidad, “en forma compatible con las obligaciones de la Corte respecto del carácter confidencial de la información, la protección de las personas y la preservación de pruebas”²⁰⁵ a los sujetos que hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 13 (CSNU, o Estado Parte) y a las víctimas (artículo 19(3) *in fine* y Regla 59) para que presenten alegaciones que estimen necesarias por escrito en un plazo establecido por la Corte²⁰⁶.

Las impugnaciones que no sean a instancia del Fiscal o de oficio, sólo podrán formularse una vez, pudiendo autorizar la Corte, en circunstancias excepcionales²⁰⁷, que se haga una vez más (artículo 19 (4)). Ahora bien, este precepto no es óbice para presentar una impugnación de la admisibilidad posteriormente a una impugnación de la competencia²⁰⁸ ya que como hemos señalado son dos impugnaciones fundadas en causas distintas. La Corte, en caso de presentarse ambas impugnaciones simultáneamente, habrá de pronunciarse en primer lugar sobre la impugnación de la competencia y posteriormente sobre la impugnación de la admisibilidad²⁰⁹.

²⁰¹ Regla 60, Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

²⁰² Regla 58(1) Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

²⁰³ Regla 58(2), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

²⁰⁴ Regla 58(3), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

²⁰⁵ Regla 59(2), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

²⁰⁶ Regla 58(3) y 59(3), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

²⁰⁷ Concepto que a día de hoy todavía no parece haber aclarado la Corte, al no haber jurisprudencia sobre el mismo.

²⁰⁸ Hall, C.K., Ntanda Nsereko, D., Ventura, M.J, *op.cit.*, p. 877

²⁰⁹ Regla 58(4), Reglas de Procedimiento y Prueba CPI.

El *momento procesal oportuno* para presentar la impugnación es:

-en el caso de las impugnaciones presentadas por Estados, “*lo antes posible*” (artículo 19(5)). Entendiendo por tal el momento en el que el Estado está en un momento en el que está en una posición idónea para impugnar, actuando con diligencia a fin de evitar costes en términos temporales, financieros y humanos innecesarios²¹⁰. No se ha establecido ningún tipo de sanción, lo cual deja bastante indeterminada esta obligación.

-*en todo caso*, la impugnación se hará “antes del juicio o a su inicio” o en circunstancias excepcionales y con la autorización de la Corte en fases posteriores del juicio.

Con respecto a los efectos inmediatos de la impugnación, el artículo 19(9) establece que ésta “no afectará a la validez de ningún acto realizado por el Fiscal, ni de ninguna orden o mandamiento dictado por la Corte, antes de ella”. Esto quiere decir que cualquier orden o mandamiento anterior a la impugnación puede ser ejecutado incluso después de interpuesta. De este modo se trata de prevenir que los Estados no cooperadores puedan frustrar u obstruir la investigación.²¹¹

Contra la decisión que tome la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia cabe interponer recurso de apelación de conformidad con el artículo 82 ante la Sala de Apelaciones(artículo 19(4)).

-Especialidades de la impugnación de la competencia.

La impugnación de la competencia no plantea mayores dificultades ni particularidades. En primer lugar, la revisión de la competencia es una obligación que debe llevar a cabo *de oficio* la Corte. Pero, sobre todo, la particularidad de esta impugnación reside en las causas que se pueden alegar: sencillamente, estas son que no se cumpla con algunos de los requisitos de atribución de competencia *ratione temporis, loci, personae o materiae* que hemos explicado en el primer capítulo de este trabajo.

²¹⁰ Hall, C.K., Ntanda Nsereko, D., Ventura, M.J, *op.cit*, p. 882

²¹¹ *Ibidem*, p. 894.

-Especialidades de la impugnación de la admisibilidad.

Los motivos de impugnación son evidente y únicamente los motivos del artículo 17 del Estatuto que hemos explicado en el capítulo anterior. Ahora bien, no todos los motivos de ese artículo son alegables en cualquier momento: si se impugna la admisibilidad de una causa al inicio del juicio, o en una fase ulterior con la autorización de la Corte sólo se podrá alegar el *non bis in idem*, en virtud del artículo 19(4) *in fine*, es decir que la causa ya ha sido procesada y no obedecía al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal ni se había instruido la causa de manera incompatible con la intención de enjuiciar a esa persona.

Si la impugnación es hecha por un Estado (y no por el acusado o el Fiscal), la impugnación tendrá como efecto la suspensión de las investigaciones del Fiscal (artículo 19(7)). Este precepto puede favorecer la interposición de impugnaciones ‘frívolas’ que busquen entorpecer la investigación, de modo que es recomendable que el Fiscal reúna la mayor cantidad de información posible en los exámenes preliminares y que la Corte sea veloz a la hora de tomar la decisión²¹². No obstante, hay que tomar en consideración que existen cinco límites a este precepto²¹³: 1) sólo afecta a la impugnación de la admisibilidad, 2) la Fiscalía no tiene que suspender la investigación si es el acusado o investigado el que impugna, 3) la suspensión sólo afecta las investigaciones y no el enjuiciamiento y ejercicio de la acción penal, 4) no afecta a las investigaciones que la Sala de Cuestiones Preliminares puede llevar a cabo motu proprio en virtud del artículo 56(3), y 5) se han previsto en el artículo 19(8) la posibilidad para el Fiscal de pedir la autorización a la Corte para: a) “llevar indagaciones que estime necesarias cuando exista una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista un riesgo significativo de que esas pruebas no esté disponibles ulteriormente” (artículo 18(6) por referencia del 19(8.a)), b) “tomar declaración a un testigo o recibir su testimonio, o completar la recolección y el examen de las pruebas que hubiere iniciado antes de la impugnación” (artículo 19(8.b)) y c) “impedir, en cooperación con los Estados que corresponda, que eludan la acción de la justicia personas respecto de las cuales el Fiscal haya pedido ya una orden de detención” (artículo 19(8.c)).

²¹² *Ibidem*, p. 888

²¹³ *Ibidem*, p.889-890

Además, de suspenderse la investigación por este motivo o por haberse declarado inadmisibile la causa²¹⁴, el Fiscal, tal y como establece el artículo 19(11) tiene el derecho de solicitar la información que estime oportuna sobre las actuaciones al Estado impugnante o competente sobre la causa. Esta información podrá ser confidencial a petición del Estado. Si el Fiscal decide abrir una investigación posteriormente, tendrá la obligación de notificar “al Estado cuyas actuaciones hayan dado origen a la suspensión”

En caso de que se estime la impugnación y se declare inadmisibile la causa, en virtud del artículo 19(10) el Fiscal podrá pedir que se revise la declaración de inadmisibilidat cuando “se haya cerciorado cabalmente” de la aparición de nuevos hechos que contradigan e invaliden los motivos por los cuales se entendió que la causa era inadmisibile.

En definitiva, vemos cómo en lo relativo a la admisibilidat -y por tanto la complementariedad- el Estatuto prevé, una vez más, toda una serie de contrapesos *pro jurisdicción de la Corte*, a fin de garantizar que los Estados no utilicen de manera fraudulenta y frívola las impugnaciones a la admisibilidat con la finalidad de evitar la acción de la justicia sobre los autores de los crímenes más graves contra la comunidad internacional.

4.3 OTRAS FORMAS DE PONER FIN A LA COMPETENCIA DE LA CORTE: SUSPENSIÓN CSNU (ARTÍCULO 16), OPT-OUT TEMPORAL PARA LOS CRÍMENES DE GUERRA, OPT-OUT PARA EL CRIMEN DE AGRESIÓN Y DENUNCIA DEL TRATADO.

Con esto, hemos estudiado los dos mecanismos procesales por los cuales se puede poner fin al ejercicio efectivo de la jurisdicción que esté llevando a cabo la Corte. No obstante, existen otras maneras de poner fin a la competencia de la Corte, ya no una vez iniciado un proceso, sino en general.

Por un lado, tenemos *los mecanismos de suspensión temporal de la jurisdicción de la Corte*: la suspensión del CSNU del artículo 16 y la declaración de *opt-out* temporal para los crímenes de guerra que ya hemos explicado anteriormente.

²¹⁴ *Ibidem*, p.897

Por otro lado, tenemos la posibilidad de sustraernos definitivamente de la jurisdicción de la Corte mediante la declaración de *opt-out* respecto del crimen de agresión (a pesar de que exista una obligación de revisión a los tres años) que ya hemos explicado anteriormente, y la denuncia del tratado regulada en el artículo 127.

Este artículo establece que la denuncia del Estatuto surtirá efecto un año después de su notificación ante el Secretario General de las Naciones Unidas, o una fecha ulterior señalada en la misma. El efecto principal de la denuncia a nivel jurisdiccional consiste en que la Corte ya no será competente para conocer de los crímenes cometidos en el territorio del Estado denunciante, cuando hayan sido cometidos por nacionales de un Estado no Parte, ni para conocer de los crímenes cometidos por un nacional del Estado denunciante en el territorio de un Estado no Parte, a partir de la fecha en la que surta efecto la denuncia. Es decir, tal y como establece 127(2) *in fine* “la denuncia tampoco obstará en modo alguno a que se sigan examinando las cuestiones que la Corte tuviera ante sí antes de la fecha en que la denuncia surta efecto”. De modo que un Estado no puede utilizar la denuncia del Estatuto como forma de sustraerse del ámbito de jurisdicción de la Corte, cuando esta ya hubiese iniciado actuaciones.

CONCLUSIONES

En la introducción nos formulamos cuatro preguntas que hemos ido resolviendo a lo largo de este trabajo. En esta conclusión me gustaría señalar cuatro aspectos del sistema jurisdiccional de la Corte, cada uno vinculado a cada una de las preguntas:

- 1) Las reglas de atribución de la Corte, vertebradas en torno al principio de territorialidad y nacionalidad activa, se hayan tensionadas, por un lado, por una jurisdicción universal *en potencia* por la activación de la competencia por el CSNU y un régimen de competencia basado en el consentimiento activo en el régimen del crimen de agresión. A su vez, hemos descubierto un *interregno* de amplias posibilidades de involucrar sujetos nacionales de Estados no Parte, o la posibilidad de conocer de crímenes cometidos en el territorio de un Estado no Parte.
- 2) El modo de garantizar la independencia de la Corte se ha articulado a través del rol fundamental que desempeña el Fiscal en el inicio del proceso que sirve de filtro obligatorio, pero que a su vez se encuentra sometido a la fiscalización de otros órganos como la Sala de Cuestiones Preliminares, o los Estados mismos en los supuestos del artículo 18.
- 3) El principio de complementariedad sigue siendo el nervio vital de esta Corte y la resitúa en un espectro amplio de combate contra la impunidad de los crímenes de su competencia, en la que es un agente más, aunque privilegiado. Pero, no puede olvidarse que, en puridad, la Corte no es más que un agente de presión y vigilancia, y que su inactividad de facto sería un éxito (siempre y cuando se deba a que se esté combatiendo eficazmente los crímenes del artículo 5 a nivel nacional).
- 4) Me gustaría resaltar por último que en las formas de poner fin a la competencia se expresan claramente las dificultades de articular un sistema que promueva la actividad judicial a nivel nacional cuando se desconfía profundamente de la misma. No hay mejor lugar que en los artículos 18 y 19 para descubrir lo que he denominado *la paradoja constitutiva de la Corte*. Es decir, la necesidad de confiar en las jurisdicciones domésticas, cuando la existencia misma de la Corte se debe a la desconfianza respecto a estas.

Poner fin a la impunidad es una tarea extremadamente compleja: los compromisos a los que responde la articulación jurisdiccional de la CPI son prueba de ello. La historia de la Corte es todavía demasiado breve como para emitir un juicio de valor sobre si su diseño fue el apropiado o no; lo que está claro es que este responde a un ejercicio de equilibrista entre principios en tensión entre sí (eficacia, tendencia a la universalidad, permanencia, imparcialidad, soberanía estatal, CSNU como garante de la paz y seguridad internacional...). El sueño de una justicia penal internacional que vele por los intereses supremos de la humanidad en su conjunto, capaz de trascender todo ámbito local o nacional, ciega -como debe ser toda justicia merecedora de ese nombre- ante las relaciones internacionales, la geopolítica y los intereses de las superpotencias que vertebran el globo se ha materializado en una Corte Penal Internacional precaria, en constante riesgo de desaparición y dependiente del orden mundial de Estados-naciones. No obstante, su acción ha empezado a fructificar y el progreso que supone en un mundo asolado por la barbarie y la violencia es innegable. Habrá que estar atentos a su desarrollo en el futuro a la espera de que un día el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra desaparezcan y la paz entre Estados sea una realidad consolidada, que no se pueda proscribir, dejando de ser una lejana utopía como parece que lo es hoy en día.

BIBLIOGRAFÍA

1) Monografías.

- Ambos K. *El Crimen De Agresión Después De Kampala*. Dykinson; 2000.
- El Zeidy, M, *The principle of complementarity in International Law: origin, development, practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2008
- Fernandes JM, Leiva Fernández LFP, Vinuesa RE. *La Corte Penal Internacional : Soberanía "versus" Justicia Universal*. Madrid: Reus; 2008
- Lirola Delgado I, Martín Martínez M. *La Corte Penal Internacional : Justicia Versus Impunidad*. Barcelona: Ariel; 2001
- Werle G, Cárdenas Aravena C, Geneuss J, Gutiérrez Rodríguez M, Jessberger F. *Tratado De Derecho Penal Internacional*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; 2017

2) Capítulos en obras colectivas

- Kaul, H.P., Kress, C., “Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Principios y compromisos”, Ambos, K., & Guerrero, Ó. (2002). *La nueva justicia penal supranacional: : Desarrollos post-roma*(Manuales). Valencia: Tirant lo Blanch
- Rastan R., “Jurisdiction”, Stahn C. *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press; 2015
- Seils, P., “Putting Complementarity in its Place, Stahn C. *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press; 2015.
- Frulli, M., “Jurisdiction *rationae personae*”, Cassese, A, Gaeta, P. y Jones, J. *The Rome Statue of the International Criminal Court: a commentary*, New York, Oxford University Press, 2002, Vol I
- Morris, M., “Crímenes graves y errores conceptuales: la Corte Penal Internacional y los Estados no partes”, Chehtman A. *Problemas Estructurales De Derecho Penal Internacional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales; 2015

- Rastan, R., Badar, M., “Article 11 Jurisdiction *ratione temporis*” en Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016
- Schabas, W.A., Pecorella, G., “Article 13 Exercise of jurisdiction”, en Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016
- Marchesi, A., Chaitidou, E. “Article 14 Referral of a situation by a State Party”, Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016
- Zimmermann, A., Freiburgen, E., Article 15bis “Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (State referral, *proprio motu*)” Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016
- Bergsmo, M., Pejic, J., Zhu, D. “Article 16 Deferral of investigation or prosecution”, en Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016
- Ntanda Nsereko, D., “Article 18: Preliminary Rulings regarding Admissibility” Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016
- Hall, C.K., Ntanda Nsereko, D., Ventura, M.J., “Article 19, Challenges to the jurisdiction or the admissibility of the case”, Triffterer O, Ambos K, eds. *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Third ed. München: C.H. Beck; 2016
- Aksenova, M., “The ICC involvement in Colombia: Walking the Fine Line Between Peace and Justice”, Bergsmo, M., Stahn, (eds.). *Quality Control in Preliminary Examination* (vol 1), 2018
- Olugbuo, B.C, “Challenges in the Relationship Between the ICC and African States: The Role of Preliminary Examinations under the First ICC Prosecutor”, Bergsmo, M., Stahn, (eds.). *Quality Control in Preliminary Examination* (vol 1), 2018
- Stegmiller, I. “Positive Complementarity and Legitimacy – Is the International Criminal Court Shifting from Judicial Restraint Towards Interventionism?” Bailliet CM, Hayashi

N, Nicholson J. *The Legitimacy of International Criminal Tribunals*. Cambridge UK: Cambridge University Press; 2017

3) Artículos en revistas científicas

- Alonso H.O, Vargas J.R.M, Polania A.M.R. “La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los jefes de estado, los jefes de gobierno y los ministros de asuntos exteriores”. *Revista chilena de derecho*. 2016;43(1)
- Bensouda, F., “Reflections from the International Criminal Court Prosecutor”, 45 *Case W. Res. J. Int'l L.* 505 (2012)
- Cassese A. “The legitimacy of international criminal tribunals and the current prospects of international criminal justice”. *Leiden journal of international law*. 2012;25(2):491-501. doi:10.1017/S0922156512000167
- Kress, C. “Sull’ attivazione della giurisdizione della corte penale internazionale in relazione al crimine di aggressione”, *Diritto Penale Contemporaneo*, fascicolo 11/2018.
- Jurdi, N.N., “The Complementarity Regime of the International Criminal Court in Practice: is it Truly Serving the Purpose? Some lessons from Lybia”, en *Leiden Journal of International Law* (2017)
- Shany Y. “In defence of functional interpretation of article 12(3) of the rome statute: a response to Yaël Ronen”. *Journal of international criminal justice*. 2010;8(2):329-329

4) Textos normativos

- ONU: Asamblea General, *Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional*, 17 Julio 1998
- Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional
- Règlement du Bureau du Procureur, ICC-BD/05-01-09 Date d’entrée en vigueur : 23 avril 2009
- ONU: Asamblea General, *Acuerdo de relación entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional*, 20 Agosto 2004, A/58/874
- Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS, XVI.

- ONU: Asamblea General, *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 9 de diciembre de 1948.
- UN Security Council, *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (as amended on 17 May 2002), 25 May 1993
- UN Security Council, *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda* (as last amended on 13 October 2006), 8 November 1994
- S/RES/1757 Having been established by an Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic (hereinafter “the Agreement”) pursuant to Security Council resolution 1664 (2006) of 29 March 2006, which establishes a *Statute of the Special Tribunal for Lebanon*.

5) Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

- Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-1, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana, PTC I, 28 September 2010
- Judgment on the appeal of Côte d’Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled “Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo, ICC-02/11-01/12 OA
- Sentencia relativa a la apelación de la República de Kenya contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 30 de mayo de 2011 titulada “Decisión relativa a la impugnación de la admisibilidad de la causa presentada por el Gobierno de Kenya con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto”, ICC-01/09-01/11 OA
- Judgment on the Appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, ICC-01/11-01/11 OA 4
- Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka, ICC-01/11-01/11 OA 4
- Décision Relative à la Peine (art.76 du Statut), Katanga, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/07-3484, TC II, ICC, 23 Mai 2014

- Decision on the request of Mr. Thomas Lubanga Dyilo for suspensive effect of his appeal against the oral decision of Trial Chamber I of 18 January 2008, ICC-01/04-01/06 OA 11 Date: 22 April 2008
- Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-101-tENG-Corr, Decision on the Application for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, Pre-Trial Chamber I, 17 Jan. 2006
- Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/05-169, Judgment on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58', Appeals Chamber, 13 Jul. 2006

6) Documentos sin valor jurídico dictados por los órganos de la Corte Penal Internacional y acuerdos de la Asamblea de Estados Parte.

- ASP Report of the Bureau on stocktaking: Complementarity Taking stock of the principle of complementarity: bridging the impunity gap, Resumed eighth session, New York, 22-25 March 2010, ICC-ASP/8/51
- ASP, Review Conference Resolution RC/Res.5 Adopted at the 12th plenary meeting, on 10 June 2010, by consensus
- ASP, Review Conference Resolution RC/Res.6 Adopted at the 13th plenary meeting, on 11 June 2010, by consensus
- ICC-ASP/14/Res.2 Resolution on article 124, Resolution ICC-ASP/14/Res.2 Adopted at the 11th plenary meeting, on 26 November 2015, by consensus
- ICC-ASP/16/Res.4 Resolution on amendments to article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court, Adopted at the 12th plenary meeting, on 14 December 2017, by consensus
- ICC-ASP/16/Res.5 Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión, Resolución ICC-ASP/16/Res.5 Adoptada por consenso en la decimotercia sesión plenaria, el 14 diciembre de 2017

- ICC-ASP/16/22 Informe del grupo de Trabajo sobre las Enmiendas Decimosexto período de sesiones Nueva York, 4 a 14 de diciembre de 2017, anexo II
- ICC-ASP/16/24 Report on the facilitation on the activation of the jurisdiction of the International Criminal Court over the crime of aggression, Sixteenth session, New York, 4-14 December 2017
- OTP Report on Preliminary Examinations 2017
- OTP Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia Article 53(1) Report, 6 november 2014-
- OTP Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, September 2003
- OTP Policy Paper on the Interests of Justice, September 2007
- OTP Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre 2013
- OTP Strategic Plan 2009-2012
- OTP Strategic Plan 2012-2015
- OTP Strategic Plan 2016-2018
- OTP Report on the activities performed during the first three years (June 2003 – June 2006), 12 September 2006 The Hague

7) Otros documentos consultados

- Status Amendment to article 8 of the Rome Statue of the International Court: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-a&chapter=18&clang=en (visitado el 23/11/2018)
- Status Amendment on the crime of aggression to the Rome Statute of the International Criminal Court: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&clang=en (visitado el 23/11/2018)
- PROPUESTA DE MÉXICO ENMIENDA AL ARTÍCULO 8 DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL RELATIVA AL EMPLEO DE

ARMAS NUCLEARES Référence : C.N.725.2009.TREATIES-6 (Notification dépositaire)

- Trinidad y Tobago, Propuesta para la inclusión del crimen de tráfico internacional de estupefacientes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Référence : C.N.737.2009.TREATIES-9 (Notification dépositaire)

- Propuesta para la inclusión del crimen de terrorismo en el Estatuto de Roma Países Bajos Référence : C.N.723.2009.TREATIES-5 (Notification dépositaire)

-UNSC Res 1593 (31 March 2005) UN Doc S/RES/1593

- UNSC Res 1970 (26 February 2011) UN Doc S/RES/1970

- Resolución 1422 (2002) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4572a sesión, celebrada el 12 de julio de 2002, S/RES/1422 (2002)

- Press Release : 29/06/2016 State of Palestine becomes the thirtieth State to ratify the Kampala amendments on the crime of aggression: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/press%20releases/Pages/PR1225.aspx

- KENYA, DECLARACIÓN, DE CONFORMIDAD CON EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 15 bis DEL ESTATUTO DE ROMA, A EFECTOS DE NO ACEPTACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN, MFA. INT.8/14^a VOL X (86), 30 de noviembre de 2015, https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/2015_NV_Kenya_Declaration_article15bis-4-SPA.pdf

- GUATEMALA, Declaración de No Aceptación de la Republica de Guatemala a la Competencia de la Corte Penal Internacional respecto al Crimen de Agresión, Artículos 5 ,1 2 ,15bis.4,121.5 del Estatuto de Roma, 16 de enero de 2018: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/20180206142750.pdf>

- Referral Letter to ICC, Mali, 13 of July 2012: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A245A47F-BFD1-45B6-891C-3BCB5B173F57/0/ReferralLetterMali130712.pdf>

- *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, 2003

- Stewart, J, *Complementariedad: una introducción al papel de los tribunals nacionales y la CPI en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales*, Discurso pronunciado en la Cámara de Comercio de Bogotá el 1 de noviembre de 2018